1

Prof. Dr. Gerhard Struck

Rechtssoziologie

für Studierende der Rechtswissenschaft

Universität Hamburg, 2005
Verlag der Buchhandlung Mauke
Reihe Vorlesungsskripten

2

Inhaltsverzeichnis

3

Kap. 1

Zielsetzung und erste Eingrenzung des Inhaltes

Rechtswissenschaft als Bezugspunkt

Es gibt zur Rechtssoziologie einige wenige zusammenfassende Darstellungen. Diese haben sehr unterschiedlichen Charakter und das macht es nötig, von Anfang an in klärenden Gegenüberstellungen die Zielsetzung der folgenden Kapitel hier zu benennen.
Das Folgende richtet sich an Juristen, nicht an Soziologen. Das ist äußerlich bereits dadurch erkennbar, dass die juristische Zitierweise durchgehalten wird. Die Idee eines Buches, das sich zugleich an Juristen und Soziologen wenden könnte, verlangte einen sehr schwierigen Spagat.
Für Juristen ist Rechtssoziologie eine Teildisziplin in einem Kranz von „Orchideenfächern“, Orchideen sind staunenswerten Erscheinungen; ihre Schönheit wird von Kennern geschätzt, aber sie verhält sich umgekehrt proportional zu ihrer Nützlichkeit. Im Kreise von Rechtsphilosophie, römischer Rechtsgeschichte, Völkerrechtsgeschichte etc. ist die Rechtssoziologie noch am wenigsten in ihrer Relevanz erkannt. Mit dieser Aussage soll keine empörte Kritik an „den Juristen“ geäußert sein.

Wissenschaftsdisziplinen unterliegen langsamen Entwicklungen, und nachdem es Jahrhunderte lang keine Rechtssoziologie gegeben hatte, darf man sich über ihren niedrigen Rang in der informellen Hierarchie der juristischen Ausbildungsfächer nicht wundern.
Für Soziologen ist die Rechtssoziologie ein Unterfall der „Bindestrich-Soziologien". Da gibt es eine Bildungssoziologie, eine Kultursoziologie, eine Medizinsoziologie, eine Industriesoziologie etc. Alle solche Fächer sind als mögliche Gegenstände von Fachsoziologen wohl anerkannt, die sich als Spezialisten ausbilden, spezielle Wissenschaftsgesellschaften bilden, und sonst alle Eigenschaften professionell Handelnder zeigen. Es gibt nur so viele solche Bindestrich-Soziologien, dass nicht jeder Studierende sich notwenig mit allen gleichermaßen befassen muss, oder auch nur könnte. Da die Berufsgruppe der Soziologen im Vergleich derjenigen der Juristen ein sehr weit gestreutes Spektrum von beruflichen Tätigkeiten ausübt, ist es nicht verwunderlich, dass auch die Gegenstände der Ausbildung in der Soziologie bei weitem nicht so klar festgelegt sind, wie an rechtswissenschaftlicher Fakultät. So ist es ziemlich schwer überschaubar, wo und wie die Rechtssoziologie als Teilgebiet der Soziologie wissenschaftlich gepflegt wird. Hinzu kommt: Die deutsche Soziologie der letzten 50 Jahre ist sehr stark geprägt von theoretischen und methodischen Bemühungen, Diskussionen und Auseinandersetzungen. Zu Theoriedebatten wie dem Positivismusstreit oder dem Habermas-Luhmann-Diskurs gibt es in der Rechtswissenschaft keine Parallelen. Ein Soziologe muss also an einen Text mit dem Titel Rechtssoziologie ganz andere Ansprüche stellen, wenn er ihn in seiner Wissenschaft oder wissenschaftlichen Ausbildung als gut oder schlecht bewerten will. Der folgende Text ist nun in dieser Frage entschieden, nämlich für Juristen.

Juraausbildung als Bezugspunkt

Die außerordentliche Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft bringt es mit sich, dass man sich auch entscheiden muss, ob man für Lernende, für fortgeschrittene Generalisten (den Einheitsjuristen mit zweitem Staatsexamen) oder ob man dafür den spezialisierten Rechtssoziologen schreiben will. Insofern richtet sich das Buch hauptsächlich an Studierende, die ungefähr auf dem Ausbildungsstand sind, in dem im Studium am ehesten rechtssoziologische Lehrveranstaltungen besucht werden. Das hat mehrere Konsequenzen. Es kann nicht die Kenntnis des gesamten Rechtes vorausgesetzt werden. Rechtssoziologie kann wohl von Studierenden sinnvoll am ehesten nach einiger Bekanntschaft mit dem Recht, also z. B. im vierten Semester studiert werden, wenn denn nach dem üblichen Rhythmus kurze Zeit später wieder die Examensvorbereitung und der Repetitorbesuch die gesamte Arbeitskraft in Anspruch nehmen. Man muss versuchen, sich im Beispielsmaterial ungefähr auf einen entsprechenden Kenntnisstand einzurichten und speziellere Hinweise, wenn sie denn nötig sind, mit genaueren Darstellungen zur Rechtslage zu versehen.

Orientierung auf Lernen

Innerhalb der Darstellung soll versucht werden, Lernen zu ermöglichen und möglichst Aussagen in den Vordergrund zu stellen, die sich in das Gedächtnis einprägen. Dieses muss leider in dieser Deutlichkeit betont werden, weil in den „Orchideenfächern" manchmal die Tendenz zu beobachten ist, Probleme in den Vordergrund zu stellen, die nur noch fachintern im kleinen Spezialistenkreis wahrgenommen werden. Im vorliegenden Text wird also so gut wie möglich versucht, ständig

4

anzuschließen an die zentralen Ausbildungsbereiche im deutschen rechtswissenschaftlichen Studium und damit an die juristischen Kenntnisse deutscher Juristen. Solche Querverweise haben nach Lage der Dinge mal die eine, mal die andere Funktion. In einigen Fällen kann der Anschluss an aktuelle Inhalte von Rechtswissenschaften oder an laufende Rechtspraxis Exempel abgeben, in anderen Fällen sind solche Hinweise Kritik derzeitiger Rechtswissenschaft. Sie fordern Forschungen ein, die aber noch fehlen, obwohl sie nach immanenten wissenschaftlichen Kriterien des Bürgerlichen, des Öffentlichen und des Strafrechts notwendig wären. Man könnte sich sehr wohl eine Rechtswissenschaft vorstellen, in der in allen Gedankengängen im dichten Wechsel normative und faktenorientierte Überlegungen stehen. Das Selbstbild der Deutschen Rechtswissenschaft wird aber unverändert sehr stark von „Dogmatik" bestimmt. Dieser in Ausbildung und Praxis durchaus wichtige Begriff bleibt zwar immer recht diffus, aber jedenfalls ist das damit angesprochene Denkmilieu gekennzeichnet da, dass die Fakten als bekannt vorausgesetzt werden. Blättert man die Aufsatzteile der juristischen Fachzeitschriften durch, so unterscheiden sie sich auch insoweit nur wenig von den meistens vorhandenen Wiedergaben von Gerichtsentscheidungen. Die rechtswissenschaftlichen Texte scheinen unter demselben Entscheidungszwang zu stehen, wie die Judikate höchstinstanzlicher Gerichte. Wissenschaftlich bestände immer die Möglichkeit, dass mangels hinreichender Aufklärung relevanter Fakten eine Entscheidung nicht zureichend begründet werden kann. Nur der Richter muss entscheiden, und wenn er es letztlich aus seiner Intuition als Salomon heraus tut. Aufsätze, die dahingegen die Rolle der Wissenschaft verdeutlichen, in denen sie Problematiken und Forschungsbedarfe betonen sind viel zu selten. Angesichts dieser allgemeinen einseitigen Orientierung auf Dogmatik und Praxis macht es durchaus Sinn, Rechtssoziologie als eigenes Fach zu

akzentuieren. Man muss dann allerdings – wie es hier versucht wird – durch Exempel immer wieder den Zusammenhang von Dogmatik und Rechtssoziologie klar zu machen.

Juristische Probleme und Fälle als Verständnishilfe und als Anstoss zu eigenem Nachdenken

Damit ist eine weitere Zielsetzung angesprochen. Die Beispielsbildung soll möglichst abgrenzbare Einzelprobleme betreffen, also im Extrem „Fälle". Man kann zwar in der Rechtssoziologie auch allgemeine Aussagen über Zustände machen, aber solche Aussagen animieren weniger zu eigenem fortsetzenden Nachdenken und zur Wiedererkennung von Problem im Verlaufe späteren Lernens und Praktizierens. Die Forschung dazu, wie viel Prozent der Bevölkerung zentrale Bestimmungen des BGB kennen, sind nicht belanglos, aber die Frage nach der Realität der Genugtuung bei der Genugtuungsfunktion eines Schadensersatzes nach immateriellen Persönlichkeitsrechts-Verletzungen stößt eher in der Zukunft weitere eigene Fragen nach der Realität behaupteter psychischer Ereignisse an. Es geht nach dem hier zu Grunde liegendem Konzept weniger um die Antworten auf bekannte Forschungsfragen, sondern darum, dass die Leserschaft animiert wird, in Zukunft in der weiteren Ausbildung und in der juristischen Berufspraxis selbst Fragestellungen wahrzunehmen, die sonst weiter von Dogmatik überdeckt bleiben können.

Die grossen sozialphilosophischen Theorien als Darstellungsstruktur?

Die Ankündigung einer Rechtssoziologie auch als Teil der Soziologie lässt die Frage erwarten, welcher theoretische Ansatz für diese Wissenschaft Soziologie gewählt ist. Die Beantwortung dieser Frage kann nicht verweigert werden, sondern höchsten verschoben werden. Ganz grob kann man zwei Grundannahmen unterscheiden. Diese beiden Theorieströmungen seien hier kurz gekennzeichnet, auch wenn explizit selten auf sie zurückgekommen wird.

Die Grundfrage lautet, welchen Stellenwert die Geschichtlichkeit der menschlichen Gattung hat. Geschichtlichkeiten kennzeichnen als Theorieströmung den historisch-materialistischen Zugang gleichermaßen wie den Zugang über die Geistesgeschichte und die Wirkungsgeschichte einzelner Geistestaten die Gegenstand der Hermeneutik ist. Aussagen können in dieser Theorieströmung nicht gedacht werden, ohne Rücksicht auf Fortentwicklung der Menschheit, die nicht von materiellen Veränderungen gekennzeichnet ist, sondern auch durch eine Weiterentwicklung des Denkens und des Menschseins überhaupt.

Dem steht der Ansatz der empirisch-analytischen Wissenschaftstheorie gegenüber, die allerdings genauso in einem weiteren Spektrum steht. In ihren deutlichen Ausprägungen orientiert sich der empirisch-analytische Ansatz auch in der Soziologie am Bild überkommener Naturwissenschaften. Für diese ist paradigmatisch die Erforschung des Weltalls, bei der Geschichte keine irgendwie relevante Dimension ist. So kann man auch in der Soziologie für historisch kurzfristige Einzelereignisse die Frage nach Ursachen aufwerfen, empirische Methoden diskutieren und anwenden, um dann jenseits der einzelnen Ursachenfeststellungen zu Aussagen über Gesetzmäßigkeiten zu stoßen. So, wie die neuere Naturwissenschaft in Physik und Soziologie gleichermaßen die Relevanz des Systembegriffs erkannt hat, so kann man das auch in der Soziologie und in der Rechtssoziologie Systeme zum

Gegenstand von Aussagen machen. Das Recht als System, das wie Kunst als System, wie Religion als System seine Außengrenzen hat und seine Eigengesetzlichkeiten hat, konstituiert eine Masse von Überlegungen und Aussagen, in der Geschichtlichkeit keinen systematischen Stellenwert hat. So wie in der Vorstellung solcher Systeme bereits seine klare Absage an allen Individualismus und Idealismus angelegt ist, so ist darin auch eine klare Absage an historischen Materialismus, kritische Theorie und Hermeneutik zu sehen. Der Mensch ist überhaupt nicht das Thema, und schon gar nicht in seiner Entwicklung als Menschengattung aus schriftlosen Zeiten heraus über Sklavenhaltergesellschaften, Feudalgesellschaften, Kapitalismus etc.

Im Folgenden geht es um die Einnahme eines anderen Blickwinkels auf die dogmatische Rechtswissenschaft, und deshalb muss man sich nicht für eine der grossen Theorieströmungen entscheiden. Wenn es um die Gewinnung von neuen Einsichten geht, dann können sie nebeneinander von Fall zu Fall nützlich sein. So versteht sich die Abfolge der Kapitel zu Historie und Systemtheorie.

Besser keine vorgängige Definition von Rechtssoziologie!

Für die Darstellung einer Rechtssoziologie empfiehlt es sich allerdings nicht, solche Theorieansätze zum Ausgangspunkt von Darstellungen zu machen, auch wenn man solche Theorien am ehesten die Erwartung stärken, man könne Rechtssoziologie definieren. Das Bewusstsein der großen Theorieansätze kann als Hintergrundwissen nur kurz angesprochen werden. Solches allerdings ist unentbehrlich, um nicht im Irrtum zu verfallen, es gäbe selbstverständlich nur einen legitimen wissenschaftlichen Ansatz, der den Ehrentitel „Wissenschaft" zu tragen berechtigt sei.

Man muss dies so deutlich sagen, weil in der Vergangenheit immer wieder in Texten der Irrtum auftauchte, mit dem Wort Wissenschaft können notwendigerweise nur und einzig die Beschäftigung mit Einzelphänomenen, Kausalverknüpfungen und Gesetzmäßigkeiten gemeint sein. Eine solche

voreilige Festlegung, die dann auch gar nicht mehr richtig ausgewiesen wird, zeigt sich dann auch in der Grobcharakterisierung von Rechtssoziologie selbst. Im Alltagsgeschäft der rechtswissenschaftlichen Fakultäten hört man in der Diskussion über Curricula häufig den Satz, Rechtsdogmatik sei eine normative Wissenschaft und Rechtssoziologie sei eine faktenorientierte Wissenschaft, und das sind Gründe, die Notwendigkeit unterschiedlicher Lehrveranstaltungen und dann auch den notwenigen Vorrang der Beschäftigung mit normativer Wissenschaft. Ein solches Verständnis entspricht weder dem Stande der Rechtssoziologie als Teil der Soziologie und damit als Teil der Geistes- und Gesellschaftswissenschaft, noch entspricht es der Realität der konventionellen dogmatischen Rechtswissenschaft. Nur der Kürze halber sei dies noch einmal mit einem Beispiel des positiven Rechtes verdeutlicht. Eine zentrale Norm unseres Rechts- und Gesellschaftssystems ist der Eigentumsschutz in Art. 14 Grundgesetz; in Abs. 3 dieses Artikels findet sich das Tatbestandsmerkmal „Interessenabwägung". Auf ein solches Tatbestandsmerkmal ist ein Ansatz nicht beziehbar, nachdem ein striktes entweder/oder geht, nämlich entweder normativ oder faktisch. Jedenfalls beschreibt das Begriffspaar normativ/faktisch nicht die Differenz der Wissenschaft vom positiven Recht und der Rechtssoziologie.
Im Rahmen der Einleitung sei nur kurz gesagt, dass die zuletzt gegebene Warnung vor einer voreiligen Disziplinenbeschreibungen durch ein einziges Begriffspaar auf andere Versuche des gleichen Grundmusters zu erweitern ist.
Man könnte z. B. auch im Anschluss an die sog. juristische Methodenlehre die Aussage machen wollen, die Wissenschaft vom positiven Recht sei die Wissenschaft von der Interpretation der Gesetze und die Rechtssoziologie beschäftige sich mit Fakten. Auch hier sei mit einem Hinweis zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft argumentiert.
Wenn Rechtswissenschaft auch die Lehre von der Vertragsgestaltung enthält, dann ist damit nicht gesagt, dass Vertragsgestaltung Gegenstand eines undogmatischen abgehobenen eigenen Wissenschaftsbereichs „Rechtstatsachenforschung" ist. Auf einem anderen Blatt steht dann, dass das Vorherrschen des Paradigmas „Dogmatik" rechtswissenschaftsintern ein Ungleichgewicht bewirkt hat zwischen der Beschäftigung mit dem positiven Recht und den Fragen der zweckentsprechenden Vertragsgestaltung, die leider stark vernachlässigt wird.
Richtige Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit mehr als mit Normanwendung, und deshalb kann man nicht sagen, alle Nicht-Normanwendung sei Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung.
6

Besser kein Ansatz bei isolierten Methoden und Kategorien!

Ein wissenschaftstheoretischer Text zur Rechtssoziologie könnte mit den Methoden (Fragebogen, teilnehmende Beobachtung, etc) und mit den Kategorien (Rolle, Gruppe, etc) beginnen. Da man Methoden und Kategorien isoliert gewöhnlich nur um den Preis der Langeweile einführen kann, geht man in einen lehrenden Text besser vom Phänomenbereich aus. Wenn die Methoden dann im Text verteilt Erwähnung finden, ist die insoweit bestehende Unübersichtlichkeit das geringere Übel.

Das Spektrum Makro-/Mikrosoziologie als Darstellungsfolie für viele Relationen Recht/Gesellschaft

Für einen Lehr- und Monographietext Rechtssoziologie empfiehlt sich damit folgendes Vorgehen: Die Grundgrößen „Recht" und „Soziologie" werden beiderseits sehr offen behandelt. Recht ist demnach das bürgerliche Recht, das Öffentliche Recht, das Strafrecht, die Rechtsgestaltung, das Institutionenzusammenspiel etc. Man muss offen sein für die Unterschiedlichkeiten, denn das Unterhaltsrecht, das im Bürgerlichen Gesetzbuch steht, ist ein völlig anderes Recht als das Vertragsrecht im selben Gesetzbuch, und das Prozessrecht zur Befangenheit von Richtern hat einen völlig anderen Sinnhorizont als das Patentrecht. Auf der Seite der Soziologie empfiehlt sich, den Überblick zu behalten, in dem man Überlegungen und Aussagen entlang des Spektrums makro-mesomikro
organisiert. Ein solcher gedanklicher Weg von den gesamtgesellschaftlichen Großphänomenen zu den Aussagen über mehr oder minder große Menschengruppen und Institutionen und schließlich zu den Individuen ist nicht nur eine erkenntnisfördernde Heuristik, sondern auch eine gedächtnisstützende Mnemotechnik. Diese Herangehensweise vermeidet auch auf der Seite der Sozialwissenschaft voreilige doktrinäre Ausgrenzungen, wie sie mit Begriffsbildungen wie etwa Rechtssoziologie, Rechtspolitologie und Rechtspsychologie verbunden sind. Wenn man in der Beschäftigung mit dem Thema Rechtssoziologie etwas Wichtiges und Interessantes lernt, was dann aber nach einer gedachten reinen Wissenschaftslehre in Wahrheit Rechtspsychologie ist, dann soll das nicht stören.

Nebenziele

Jeder längere Text kann sich nicht auf einen Darstellungsgesichtspunkt beschränken, wenn er nicht unangenehm doktrinär werden soll. Allzuviel Konsequenz wäre penetrant und dysfunktional, weil sie vom eigenen Weiterdenken der Probleme ablenkte. In diesem Sinne müssen auch Nebenziele verfolgt

werden. So werden inhaltliche Stichworte (zB „Vollzugsdefizit") eingeführt, weil sie nun einmal in den juristischen Debatten eine Rolle spielen, und eine auf Klausuren fixierte Ausbildung dieses wichtige Thema vernachlässigt; in solchen Fällen muss eine Rechtssoziologie ausgleichen, was in der Dogmatik fehlt. Der Gestus des „Dafür sind wir nicht zuständig!" darf nicht dazu führen, dass Themen und Konzepte an eine Rechtspolitologie verwiesen werden, die es dann in der Juristenausbildung nicht gibt.
Ein anderes Nebenziel ist die Nennung einiger wichtiger Autoren auch unabhängig davon, ob sie als Rechtssoziologen „im engeren Sinne" gelten dürfen.

Pragmatische Ausgrenzung von Kriminologie

Im selben Sinne muss man sich in dem Nebeneinander von Rechtssoziologie und Kriminologie orientieren. Die Kriminologie ist eine Querschnittswissenschaft mit soziologischen, psychologischen, politologischen und anderen Anteilen. Von vielen anderen Wissenschaften unterscheidet diese Querschnittswissenschaft durch ein sehr klares Erkenntnisinteresse: Wie verringern wir das menschliche Unglück, das Kriminalität mit sich bringt? Es kommt nun nicht darauf an, wie in diesem Felde etwa eine Kriminalsoziologie als eigene Disziplin zu denken wäre, die dann neben Rechtssoziologie und Kriminologie stünde oder Unterfall eines der beiden wäre. Praktisch sollte man Doppelungen vermeiden und also die selbständig etablierte Kriminologie nicht wiederholen oder sonst integrieren. Es sollte nämlich ein wissenschaftlicher Standard sein, sich vorrangig mit dem Neuen und Unbekannten beschäftigen; davon gibt es in der Rechtssoziologie genug.

7

Kap. 2

Das Spektrum von Makro- zu Mikrosozialwissenschaft als rechtssoziologischer Blickwinkel

Zum Konzept des Kapitels

Wenn nun die Fülle des Rechtsstoffs, wie sie sich in den Veranstaltungsbezeichnungen der Vorlesungsverzeichnisse juristischer Universitätsausbildungen abbildet, auf disziplinär andere Blickwinkel und Ansätze bezogen werden soll, so ist in einem Buch für Juristen nur eine Charakterisierung der Letzteren angebracht. Dies ist allerdings notwendig, weil sie die fehlende Definition der Rechtssoziologie in einem gewissen Sinne ersetzt. Juristen sind gewöhnt, von Definitionen auszugehen und man kann das nicht schlichtweg zurückweisen, was durch Definitionen bewirkt werden soll. Umgangssprachlich gesagt: Man muss wissen, wovon man redet. Nun gibt es vielerlei Definitionen. In seinem Buch zu Begründungen und Auslegungen zählt Gast allein 15 verschiedene Arten von Definitionen auf *(Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik: Auslegung, Begründung, Subsumtion, 3. Aufl. Heidelbarg 1997 S. 354 ff*). In diesem Sinne wird im folgenden zur näheren Eingrenzung dessen, wovon mit Hilfe des Wortes Rechtssoziologie die Rede sein soll, exemplarisch beschrieben. Die Hoffnung ist, dass die Exempel „Allgemeines Persönlichkeitsrecht" und „Erbrecht" so einleuchtend und exemplarisch sind, dass der Leser in die Lage versetzt und dazu animiert wird, an anderen Phänomenen dasselbe Spektrum von Fragestellungen durchzuspielen.
In der Umgangssprache der Soziologen untereinander, und in der Umgangssprache der Ökonomen untereinander ist die Verwendung der Wortbestandteile Makro-, Meso- und Mikro ein gängiges und sehr nützliches Verständigungsmittel *(vgl. Hartmut Esser, Soziologie - Allgemeine Grundlagen, 3. A. Frankfurt/M 1999, S. 588 ff).* Das Wort Makroökonomie taucht sogar im allgemeinen Sprachgebrauch auf. Gemeint ist das, was man auch als Nicht-Soziologe und Nicht-Ökonom im ersten Zugriff versteht. Soziologisch gesehen kann man die Phänomene, im Hinblick auf die man wissenschaftliche Fragestellungen erarbeitet, in ein Spektrum einreihen. Makrosoziologisch ist die Frage nach Gesellschaften im ganzen, nach ihrer Typik, nach ihrer Evolution etc. Mesosoziologisch ist die Frage nach dem Geschehen in Schichten oder Gruppen, wobei solche Fragen fast nur noch für die aktuell bestehende Gesellschaft gestellt werden. Mikrosoziologisch wäre z. B. die Beschreibung von Geschehen in der Mutter-Kind-Dyade. Dieses Beispiel macht deutlich, dass dieses Spektrum auch noch in seiner Fortsetzung im Individuellen Sinn macht. Da geht es nicht nur um die Psychologie zum Beispiel mit einem so klassischen Feld wie der Wahrnehmungspsychologie, sondern auch um die freudianische Psychologie des Unbewussten, dass unter Oberfläche individueller Psychologie vorgestellt werden kann. Das Spektrum ist wohlgemerkt eine von außen heran getragene Orientierungschance. Das zeigt z. B. der Fall der Vorurteilsforschung als Musterfall der sog. Sozialpsychologie. Der Sache nach ist Vorurteilsforschung meistens bezogen auf das Verhältnis von Mehrheiten zu Minderheiten. Es liegt nahe, solche Fragen für Soziologie zu erklären.
Die genauen Zuordnungen Politologie/Soziologie/Psychologie bleiben nun in allen Rand- und Überschneidungszonen ohne Diskussion, weil der Aufwand für eine Klärung in diesem Text unangemessen wäre; stattdessen zur Sache.

1. Exempel: Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Problemspektrum von Makro- zu Mikrosoziologie

Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann man die Differenz von richterrechtlicher Dogmatik und rechtssoziologischer Fragestellungen sehr gut demonstrieren. Die richterrechtliche Dogmatik muss der Examenskandidat kennen und in Examensarbeiten zum bürgerlichen Recht reproduzieren können. Danach ist jeder einzelne offene Rechtsfall zu bearbeiten durch die Anwendung vom positiven Richterrecht, das in jedem seiner Details als abschließende Problemlösung gemeint ist.
Dieses Recht provoziert soziologische Fragestellungen, die deshalb dann rechtssoziologische Fragestellungen heißen.
Makrosoziologisch ist die These, dass die zentraleuropäischen Gesellschaften als eine einzige Gesellschaft in einem umfassenden Säkularisierungsprozess begriffen werden kann. Für ihre Mitglieder hat demnach das Christentum seit der Renaissance kontinuierlich an Prägekraft verloren. Von da aus ist die Fragestellung was an Stelle religiöser Bindungen tritt. Als Unterfrage kann man dann meinen, die Mehrheit der von allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzungen Betroffenen (Soraya, Caroline von Monaco, Lady Diana usw.) seien Kultobjekte. Sie seien deswegen Gegenstand unzähliger Fotos und Fotomontagen, weil sie in direkter Nachfolge eingetreten seien in die Strahlen
8
der Herrlichkeit der Heiligen und Engel. Wenn das richtig wäre, dann könnte man deshalb vertreten, dass Kulte nicht von Recht beeinflusst werden sollen und die Betreffenden schließlich nicht als normale Menschen wahrgenommen würden.
In dieser Perspektive fällt auch auf, dass viele allgemeine Persönlichkeitsrechtsverletzungen sich gegen Exponenten der Restbestände feudaler Strukturen wenden. Was bestimmt die Mechanik einer Feudalgesellschaft, in dem ein sicher nicht restlos rational nachvollziehbares Verhältnis zwischen dem einfachen Mann und der einfachen Frau und der Kaiserin oder Fürstin besteht. Es scheint hier eine Ambivalenz vorzuliegen. Aus der Perspektive der unteren Schichten sind die besseren Leute eben bessere Leute, und die Fürstinnen und Kaiserinnen schon fast überirdisch. All zu viel Glanz und Machtfülle erdrücken und die Information darüber, dass auch Fürstinnen auf dem Markt einkaufen gehen, schafft eine Identifikation derjenigen von ganz unten mit denjenigen ganz oben; offenbar ein sehr stabilisierendes Element in echten Feudalgesellschaften und immer noch nachwirkend, so lange auch unsere aktuelle Gesellschaft nicht wirklich egalitär ist. Die Gegenüberstellung von Feudalgesellschaft und egalitärer Gesellschaft wirft die Frage auf, wie weit das Recht eines modernen Staates Rudimente anderer Sozialverfassungen schützen soll.
Noch auf sehr große Gruppen bezogen sind die Gedankengänge, die sich folgendermaßen skizzieren lassen. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verdankt seine Existenz der scheußlichen Blamage des deutschen Rechtswesens durch seine Integration in den nationalsozialistischen Staat. So wie in der Rechtsphilosophie nach 1945 eine kurzfristige Naturrechtsrenaissance als Antwort auf das krasse Versagen des rechtswissenschaftlichen Positivismus gesucht und gefunden wurde, so war im Zivilrecht die Frage virulent, was denn jetzt nach 1945 Antwort war auf die Zeit zwischen 1933 und dem Ende des Reichsgerichts im Herbst 1944. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann auch begriffen werden als eine Neuerung des Zivilrechts im Rückgriff auf Art. 1 Grundgesetz, die Würde des Menschen, und Art. 2 Grundgesetz, die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Aus diesem Blickwinkel kommt auch in Sicht, dass die deutsche Justiz als soziale Institution mit vielen tausend Angehörigen durchaus widersprüchliche Tendenzen zeigt.
Dafür bildet ein Exempel die BGH-Entscheidung „Vor unserer eigenen Tür" *(BGH NJW 1966, 2353).* Ein Reporter hatte das bürgerliche und ökonomisch sehr auskömmliche Leben von Menschen, die im Nationalsozialismus schwere Schuld auf sich geladen hatten, zum Thema einer Fernsehsendung gemacht. Die Diskrepanz wurde dem Publikum durch Bilder der aktuell behaglichen Lebenswelt verdeutlicht. Der Bundesgerichtshof schützte mit dem Instrument „Allgemeines Persönlichkeitsrecht" die Nutznießer des NS-Regimes und die jetzigen Nutznießer der mangelnden Aufarbeitung der Vergangenheit. Die Entscheidung des BGH liegt im Jahr 1966; möglicherweise wäre sie einige Jahre später ganz anders ausgefallen. Wer die Entscheidung des Bundesgerichtshofes für falsch hält, wird jedenfalls mit rechtssoziologischen Aussagen zur Relevanz der Institution Justiz im NS-Staat argumentieren können.
Sieht man die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus dem Blickwinkel der Soziologie der Schichten, dann fällt Folgendes auf: Die veröffentlichten Entscheidungen schützen im großen Umfang Angehörige der obersten Schichten von Einkommensbeziehern. Menschen mit dem Einkommen des Arbeiters oder des kleinen Angestellten sind in ein oder zwei Prozent des bekannt gewordenen Entscheidungsmaterials als Opfer von Rechtsverletzungen von der Justiz geschützt worden. Ist das gleichheitswidrig?
Man kann sogar die Frage nach der Relevanz der Klassengehörigkeit sinnvoll exemplifizieren. Es fällt nämlich auf, dass in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes eine recht heftige Würdebeeinträchtigungen ohne präventiv wirkende Reaktion blieb *(BAG NJW 19979, 2532*). Wenn der Arbeitgeber ein Metzger des Diebstahls verdächtigt und diesen Verdacht durch

Betriebsbekanntmachung einer großen Zahl von Arbeitnehmern bekannt macht, dann beeinträchtigt dies den Betroffenen wahrscheinlich viel schlimmer als Caroline von Monaco durch die Existenz eines Zeitungsfotos beeinträchtigt wird. Das Bundesarbeitsgericht hat hier die Interessen der Produktionsmitteleigentümer in erstaunlichem Umfang dem Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer vorgezogen. Ist das „Klassenjustiz“, und damit ein klassisches Thema der Rechtssoziologie?
Die Menschen verschiedener Schichten haben verschiedene Lebensformen. Diese Feststellung kann man exemplifizieren an der Allgemeinen-Persönlichkeits-Rechtsprechung: Es gibt die Übung, dass Politiker und andere sozial gestellte Persönlichkeiten ihnen zugesprochene Quasi-Schmerzensgelder für allgemeine wohltätige Zwecke spenden. So jedenfalls berichten Anwälte über die Realität. Unter dogmatisch-juristischer Perspektive kann dies nie ein Thema sein, aber rechtssoziologisch handelt es sich um etwas leicht Verständliches: Die Menschen machen je nach Schichtzugehörigkeit verschiedenen Gebrauch von Recht. Unter der Hand entwickeln sich Praktiken der beteiligten Kreise,

9

die ein anderes Rechtsprogramm aufstellen, als es der Gesetzgeber getan hat. Ein Dogmatiker müsste eigentlich zu der Frage kommen: Hat der verletzte Politiker überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Prozess, wenn er das Schmerzensgeld schliesslich gar nicht selbst auf seinem Bankkonto haben will?
Wenn man in der Soziologie Schichten als Objekt der Untersuchung ausdifferenziert, dann liegt es auch nicht mehr fern, einzelne Rollen (Rollen im soziologischen Sinne!) zu untersuchen. Solche Fragestellungen sind dann allerdings typischerweise schon sehr viel kleinteiliger und in diesem Sinne sicherlich Mesosoziologie. Darauf können wohl eher einzelne Entscheidungen bezogen werden. Nur wiederum als Beispiel: Als der Verlag den Roman „Mephisto“ von Klaus Mann veröffentlichte und die Würde des verstorbenen Gustav Gründgens durch das Verbot des Romans gerettet werden sollte, da ging es auch um Rollen als Bündel von Erwartungen (so die gängige soziologische Definition), die in der bürgerlichen Gesellschaft an Künstler herangetragen werden. Gustav Gründen wurde sicherlich seinerzeit wahrgenommen in der Nachfolge der Genieästhetik, in der der Künstler eine ganz herausragende Sonderpersönlichkeit ist. Konsequenz ist dann, dass der Künstler typischerweise in dieser seiner Rolle mit Politik nichts zu tun hat. Der Romanschriftsteller Klaus Mann präsentierte nicht zuletzt durch seinen Mephisto das (schwierige und der bürgerlichen Welt weithin abgelehnte!) Rollenverständnis des Künstlers als Bürgers und schließlich auch politisch agierenden Bürgers, der aber nicht zuletzt als Künstler eine noch weitergehende Verantwortung in der Politik trägt, denn als Bürger. Es erscheint fraglich, ob bei einer anderen Person als bei dem genialen Künstler Gründgens so problemlos das Fortleben nach seinem Tode auch von der Rechtsprechung angenommen worden wäre. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist ganz überwiegend in der Rechtswissenschaft positiv gewertet worden, aber im Hintergrund solcher Wertungsplausibilität dürfte auch die Rollenkonsistenz pro Gründgens und contra Klaus Mann stehen.
Einige Bereiche in der Soziologie repräsentieren einfach bestimmte soziale Wichtigkeiten und Bedürfnisse. Dazu gehört die Professionsforschung. Profession in diesem Sinne könnten auch die Redakteure von Zeitungen sein, die gewöhnlich eine hoch qualifizierte Ausbildung haben, als abgehobene Gruppe wahrgenommen werden und nach ihrem Selbstverständnis auch auf das allgemeine Beste bezogene Arbeit leisten, nicht nur ihren eigenen Nutzen verfolgen. Von diesem Ansatz aus kommt man sehr leicht zu Fragestellungen zur Höhe des Quasi-Schmerzensgeldes. Muss man in seiner Bemessung berücksichtigen, dass die Redakteure nicht nur ihren eigenen Nutzen verfolgen, sondern auch für das Allgemeinwohl wirken?
Das mikrosoziologische Konzept der Identität wird in der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sehr häufig bemüht. In der Tat kann man mit diesem Konzept sehr gut charakterisieren, worin eigentlich die Verletzung besteht, wenn ein Mandantenschreiben als Leserbrief veröffentlich wird, oder ein falsches Zitat in den Mund gelegt wird oder ein reicher Bierbrauer als jemand erscheint, der sich - gegen Geld oder gegen was sonst? – für eine Potenzmittelwerbung zur Verfügung stellt.
Soziologie fragt sehr häufig schlicht danach, was die Bürger dieses Landes denken, sagen, wissen, präferieren etc. Diese Art Forschung wird vorrangig betrieben mit dem charakteristischen Instrument der Soziologie, nämlich mit dem Fragebogen. Auch dieses hat sich in der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgebildet. Längere Zeit nach dem Verbot des Mephisto brachte der Rowohlt-Verlag den Roman wieder auf den Buchmarkt und rechtfertigte sein Vorgehen in einem Vorwort. Dort war zu lesen, dass man Demoskopie getrieben hatte. In einer Berliner Fußgängerzone waren 10 Menschen befragt worden, was sie noch von Gustav Gründgens *wussten (Klaus Mann, Mephisto, Roman einer Karriere, Reinbek bei Hamburg 1980, S. XII)*. Das Ergebnis dieser Art von Umfrage war das Passende zur Subsumtion eines hier entwickelten Rechtssatzes. Der Verlag argumentierte: Wenn die Erinnerung an den lebendigen Menschen Gründgens sich verflüchtigt und er gewissermaßen zu einem geschichtlichen Ereignis geworden ist, dann kann er nicht mehr in seiner

Würde verletzt werden. Ganz abstrakt gesehen mag man diesen letzteren Rechtssatz für einleuchtend halten, aber jedenfalls muss man sich fragen, ob Demoskopie handwerksgerecht betrieben worden war. Nur wenn das der Fall war, konnte man die Romanveröffentlichung für rechtmässig halten.
Setzt man das Spektrum noch unterhalb der üblichen Rede von Mikro-Soziologie fort, dann ist angrenzend an die Frage nach Wissen und Denken in der Abfolge durch psychologische Fragestellungen zu komplettieren. Eine solche psychologische Fragestellung ist verbunden mit „Genugtuung“ als Tatbestandsmerkmal in der Dogmatik des Schmerzensgeldes. Wenn die Leistung eines Quasi-Schmerzensgeldes Genugtuung bewirken soll, dann muss man erstens wissen, was Genugtuung überhaupt ist, und zweitens wissen, wie denn graduell die Genugtuung mit den mehr oder minder vielen Tausenden von Euro steigt. In den ganzen Jahrzehnten, in denen die Rechtsprechung von Genugtuungsfunktion spricht, ist die Rechtswissenschaft in diesem Punkt zu
10
keinerlei Klarheit vorgestoßen. Schlimmer noch: Sie hat nicht einmal angefangen, die konsequenten Fragen zu stellen. Das Recht folgt hier dem Muster schlechter alter Dogmatik: Es wird ein Begriff erfunden und mit anderen Begriffen in Rechtssätzen kombiniert, aber die Frage nach den Inhalten unterbleibt. Wenn man das so sieht, dann erscheint nicht verwunderlich, dass in früheren Jahrzehnten Rechtssoziologen durchaus hin und wieder die juristische Dogmatik in aggressiven Formen angegriffen haben.
Die Lernpsychologie ist auch im Spiel. Nachdem der „Spiegel“ in den ersten Jahrzehnten seines Bestehens die „Story“ (eine Sachdarstellung anhand einer personenzentrierten Geschichte) erfunden hatte, hat sich diese Darstellungsform als sehr erfolgreich und damit ökonomisch unentbehrlich erwiesen. Es werden lebende Menschen vorgestellt, und sei es mit Namen, bei denen zu lesen ist „Name von der Redaktion erfunden“. In einer Presselandschaft, in dem so sehr auf Lesererfolg durch Namen, Bilder, Anekdoten etc. ankommt, wird die Presse auch in Zukunft immer wieder identitätsstiftende Details suchen, und sie wird in diesem Bemühen auch immer fahrlässig oder vorsätzlich Charakteristiker verkürzen, falsch akzentuieren oder gar erfinden. Die Höhe der Quasi-Schmerzensgelder, die der Presse problematische Darstellungsformen abgewöhnen will, muss auf diese Gefahr reagieren.
Wenn es um Würdeverletzungen geht, dann steht auch die Psychologie des innersten Unbewussten in Frage. Unter freudianischen Gesichtspunkten ist auffallend, dass offenbar eine erhebliche Bereitschaft der Opfer von Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorhanden war, wenn das Verletzungsereignis irgendeinen Berührungspunkt zum Sexuellen hatte. Das Unbewusste folgt der Traumlogik der Erinnerungen und Anstöße. Auf seinem Werbeplakat für Okasa sagte das Bild des Bierbrauers nicht zwingend „ich bin impotent“, aber entwürdigend war bereits die Tatsache, dass jenes Bild irgendwie mit Impotenz assoziiert war. Die Logik von Angst, Drohung, Verdrängung, Zuschreibung etc folgt nicht Realitäten und Wahrscheinlichkeiten. Für die affektbesetzte Information „der ist impotent“ genügt die Konnotation Bierbrauer/Okasa.

2. Exempel: Das Erbrecht als Problemspektrum von Makro- zu Mikrosoziologie

Zur Einübung des Spektrums von realwissenschaftlichen Fragestellungen sei jetzt ein ganzer großer Rechtskomplex, nämlich das Erbrecht, zum Thema gemacht.
Makrosoziologisch kann man mit der Frage beginnen, ob eine Gesellschaft überhaupt ein Erbrecht hat oder braucht und wovon es abhängt, ob das Rechtssystem als Spiegelung des Gesellschaftssystems dieses u. a. durch ein Teilgebiet Erbrecht spiegelt. In der Geschichte des deutschen Sprachraums wird für die frühe germanische Bevölkerung gesagt, dass es ein Erbrecht nicht gab. Es wird insoweit darauf verwiesen, dass die Angehörigen dieser Stammesgesellschaft sehr wenige Gegenstände des täglichen Gebrauchs besaßen und diese mehr einer Sippe zugeordnet blieben als dem Individuum. Erbrecht ist aber nicht an Kapitalismus gebunden. Im Feudalismus bezieht sich das Erbrecht auf jene Einheit (im heutigen Sinne bürgerlich-rechtlichen) Eigentum und politischer Macht, die den Feudalismus konstituiert. Aus diesen Zeiten ist in Deutschland das Problem der nichtehelichen Kindschaft überkommen, das auch zur Zeit noch nicht mit der restlosen Gleichstellung erledigt ist. Unverändert gilt, dass ein Teil der nichtehelichen Kinder, nämlich die vor 1949 in der Bundesrepublik geborenen, gegenüber den ehelichen Kindern krass benachteiligt werden. Das Grundgesetz gilt für sie nicht. So weit Sozialwissenschaften sich mit ganzen Rechtskomplexen beschäftigen, tragen sie in solchen Fällen weniger zur Lösung konkreter Probleme bei als zum Verständnis. Insoweit lässt sich sagen: Lässt man einmal die Geschichte der Ideen, Ideologien und diejenige des religiösen Denkens beiseite, so ist die scharfe Unterscheidung ehelicher und nichtehelicher Kindschaft jedenfalls ein politisches und ökonomisches Erfordernis einer Feudalgesellschaft. In einer Gesellschaft, in der die Einheit von Eigentum und politischer Macht an Personen gebunden ist, die wiederum durch die persönliche Treue des Angehörigen der unteren Stände zu Fürsten und anderen Feudalherren konstituiert wurde, dann lautet eine zentrale Frage in dieser Gesellschaft, wie ein Feudalherr auf den anderen bei dessen Tode folgt. Bei seinem Tod muss geklärt sein, in welcher Reihenfolge

(erstgeborener ehelicher Sohn? oder erstgeborener Sohn? oder erstgeborenes eheliches Kind?) die Nachfolgefrage geklärt ist.
Solche Erinnerungen erscheinen vielen Juristen uninteressant, weil weithin geglaubt wird, mit dem BGB sei die ständische Gliederung der Gesellschaft im Erbrecht verschwunden. Dem ist historisch nicht so. Das kapitalistische und sogar schon Männer und Frauen gleichberechtigende Erbrecht des 5. Buches des BGB war von zwei real wichtigen ständischen Erbrechten begleitet. In Art. 57 und 58 des EGBGB wurden dem Hochadel Hausgesetze erlaubt.
11
Art. 57 EGBGB: In Ansehung der Landesherrn und der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen abweichende Bestimmungen enthalten.
Erst vor kurzem noch hat das Bundesverfassungsgericht sich mit dem Sondererbrecht eines Prinzen von Preußen beschäftigen müssen und hat dem BGH aufgegeben, sich mit diesen einschlägigen Normen zu befassen *(BVerfG Beschluss vom 22.3.2004 1 BvR 2248/01).*Das ökonomisch wichtige Sondererbrecht der Fideikommisse ist allerdings schon seit langem verschwunden.
Nicht verschwunden ist das Sondererbrecht der Landwirtschaft in Gestalt von Höfeordnungen *(siehe die Kommentarliteratur zu Art. 64 EGBGB)*. Deren bis heute unvollständige Anpassung an einen kapitalistischen Individualismus ist besonders bei der Gleichstellung von Männern und Frauen juristisch umkämpft worden. Man kann dies als Beispiel dafür nehmen, dass das ganze 20. Jahrhundert das Erbrecht nur scheinbar statisch war und dass es die gesamtgesellschaftlichen Entwicklungsstadien mit vollzogen hat.
Innerhalb einer modernen kapitalistischen Gesellschaft stellen sich Fragen der Vermögensverteilung. Wieweit trägt das Erbrecht (z. B. durch Gleichstellung aller Kinder, nämlich auch der Söhne und Töchter) zu einer Gleichverteilung von Vermögen bei. Oder nutzt die Bevölkerung eines Landes vorhandene eigene Steuerungsmöglichkeiten (Testamente oder dgl.), um weiter die Idee des eigenen Familienoberhauptes und seiner Einzelnachfolge zu praktizieren? Wie weit folgt die Bevölkerung der europäischen Tradition der Benachteiligung von Frauen? Dazu kommen in neuerer Zeit Fragen, für die sich noch gar keine Forschung findet. Vielleicht wird in den nächsten Jahrzehnten das eine große Problem unserer Gesellschaft, nämlich die Frauendiskriminierung abgelöst durch den Gegensatz von Menschen aus langfristig ansässigen Familien und Menschen mit Migrationshintergrund. Führt Erbrecht zu einer weiteren Konzentration von Vermögen bei den Ersteren?
Makrosoziologisch wird man auch die Frage nach dem Verhältnis von Männern und Frauen nennen. Die einzelnen Formen der Ungleichheit von Männern und Frauen sind Gegenstand vielfältiger Forschung. Auch insofern ist das BGB nicht ohne Entwicklung. Mit § 2057 a BGB ist der Versuch gemacht worden, einem Kind, das Besonderes für die Eltern geleistet hat, auch mehr vom Erbe zuzuteilen.
§ 2057 a BGB: Ein Abkömmling, der durch Mitarbeit in Haushalt…. in besonderem Masse dazu beigetragen hat, das Vermögen des Erblassers erhalten… wurde kann eine Ausgleichung verlangen. Dies gilt auch für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat.
Sozial war diese Rolle ganz klar konturiert. Es ging nämlich um eine Form der Zurücksetzung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern, und beiläufig unterlief dem Gesetzgeber, dass der Paragraph auch als zunehmende gerechte Bewertung der Lebensleistung von Frauen in Haushalt und Pflege der Angehörigen der alten Generation verstanden werden konnte. Die Erfahrung der Realität auf diesem Sektor scheint besonders schwierig zu sein; man findet nicht einmal wirklich einschlägige Gerichtsentscheidungen geschweige denn soziologische Forschung zur Wirkung des in der Ideengeschichte höchst interessanten § 2057 a BGB.
In unserer Epoche ist die Forschung zum Verhältnis der Generationen zueinander sehr wichtig. Sie geht in die Rechtspolitik ein. In der Diskussion um das Pflichtteilsrecht leuchtet z. B. ein, dass ein Erbrecht ganz anderes ist, je nach dem, ob der Erbfall typischerweise in einer Gesellschaft mit niedriger Lebenserwartung beim 40. Lebensjahr des Erblasser vorfällt, oder ob die Gesellschaft so geschaffen ist, dass die Erblasser typischerweise 80 Jahre alt sind und die erbenden „Kinder“ typischerweise um die 60 Jahre alt sind. Für das typischerweise 20 Jahre alte „Kind“ hat ein Pflichtteil eine ganz andere sozialpolitische Bedeutung als für einen Menschen, der sich seine ideale soziale Position längst erarbeiten muss. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 19.4.2005 *(BVErfG vom 19.4.2005 ! BvR 1644/00 A I 4)* beschreibt diese Diskussion; allerdings erhebt sie danach *„tradierte Kernelemente des deutschen Erbrechts“ (aaO C I 2 a)* in den Verfassungsrang. Das wird die Kritiker des Pflichtteilsrechtes nicht zum Schweigen bringen *(Beleg: Stüber NJW 2005, 2122)*.
Wenn das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches nicht nur vorhandene Ungleichheiten stabilisieren soll, sondern ganz im Gegenteil sozialpolitische, ausgleichende Leistungen erbringen soll, dann muss

man insoweit realwissenschaftlich forschen. Ob man solche Forschungen Makrosoziologie oder Mesosoziologie nennt, kann hier dahinstehen.
Rolle im soziologischen Sinne ist ein Konzept, das in beträchtlichem Umfang in die Alltagssprache eingegangen ist. So wird man sich über rechtliche Probleme schneller verständigen, wenn man etwa
12
die Rolle der Hausfrau und Mutter in ihrer Realität ernst nimmt. Diese betrifft nicht nur die Ungleichheit in der kleinen Familie zwischen Vater und Mutter im Verhältnis zu den Kindern, sondern die zeitliche Disponibilität von Nicht-Lohnarbeit der Frau oder bloßer untergewichtiger Zuverdienst-Arbeit setzt sich in der vorrangigen Leistung von Pflege alter Menschen durch Frauen fort. So stabilisiert sich durch das Miteinander der verschiedenen Bedingungszusammenhänge auch das allgemeine Bewusstsein, nachdem die Hausfrau und Mutter nicht nur für Kinder, Küche und Kirche zuständig ist, sondern auch für die Bettpfanne des bettlägerigen pflegebedürftigen Elternteils. Je nach dem, wie wichtig realwissenschaftliche Forschung solche Strukturen erweist, ist auch die Frage drängend, ob das Erbrecht darauf gerechtere Antworten finden muss.
Professionenforschung wäre im Erbrecht notwendig, wenn professionelle Testamentsvollstrecker kompliziertere Testamente mit Leben erfüllen. Normativ sind die Testamentsvollstrecker recht eng eingebunden, aber trifft nicht vielleicht die realwissenschaftliche Erfahrung zu, dass Professionsangehörige sehr wohl in eigenen Entscheidungsspielräumen für das Richtige so agieren, wie sie selber das Richtige definieren?
Auch eine spezielle Kleingruppenforschung ist im Erbrecht relevant. Trifft es zu, dass die Eltern ihre Kinder gewöhnlich gleich behandeln? Werden gewöhnlich die Söhne den Töchtern vorgezogen, was wegen der inhaltlichen Ausfüllung von § 138 Abs. 1 BGB durch die Wertung des Art. 3 Grundgesetz juristisch problematisch wäre. Oder gibt es andere Muster wie die Bevorzugung der Erstgeborenen vor den Nachgeborenen. Gibt es im relevanten Umfang die Erscheinung, dass die Eltern den Letztgeborenen „Nachzügler", das „Nesthäkchen" besonders lieben und beim Vermögenstransfer besonders bedenken? Je nachdem, wie real relevant solche irrrationalen Verteilungsmechanismen sind, muss ein Erbrecht mehr oder minder Gerechtigkeit zwangsweise durchsetzen.
Fortschreiben kann man diese Mikrosoziologie bis in die psychologischen Probleme. Welche Folge hat es, dass viele Testamente in einer Lebensphase beginnender Todesangst abgefasst werden? Wie weit verflüchtigen sich hier die für das Individuum sonst lebenslang bestehende Orientierungen? Ein interessanter Fall insofern der § 14 Heimgesetz, wonach Testamente ungültig sind, die von einem Pflegebedürftigen im Pflegeheim zugunsten des Personals abgefasst werden. Man kann diese Vorschrift mit dem sehr weitgehenden und sehr bedenklichen Vorurteil rechtfertigen, solche Testamente kämen durch mehr oder minder subtile Formen von Erpressung zustande und müssten deshalb unwirksam bleiben. Vorsichtiger wäre die Vermutung, dass der Pflegebedürftige in seiner Situation psychologisch sehr viel enger begrenzt agiert, als in den Jahrzehnten zuvor und nur noch räumlich und zeitlich kurzfristig wahrnimmt – mit der Folge, dass der Ausdruck seines lebenszeitigen Willens, seiner über Jahrzehnte gewonnenen Identität, deformiert wird. Muss das Folgen für die Wirksamkeit solcher Testamente haben?
Freudianische Psychologie kommt auch im Erbrecht als eine denkbare, letztliche Basis zum Verständnis menschlichen Handelns in Frage. Ist die Bejahung des Erbrechts etwa durch seinen Rang als institutionelle Garantie in Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz Ausdruck der verzweifelten Hoffnung des Individuums, seinen Tod überdauern zu können? Werden nicht in vielen Fällen die Gräber gepflegt weil man dem Toten symbolisch das Gute erweist, was man dem Lebenden zu erweisen versäumt hatte? Müsste nicht ein Gesetzbuch, das die realen Bedürfnisse der Bürger abbildet, sehr viel stärker das Recht der Totenfürsorge, der Grabstätten und der Beerdigungsformen regeln als das Bürgerliche Gesetzbuch das tut?

Die Exempel und die Rechtssoziologie als Ganze

In den folgenden Kapiteln wird nun das Darstellungsschema makro-meso-mikro auf das Recht und seinen realen Bezug zur Gesellschaft insgesamt angewendet. Damit verbunden ist eine Streuung des juristischen Beispielsmaterials, das bisweilen willkürlich wirken mag. Das ist der Preis, den man für Realitätsangemessenheit und Didaktik zahlen muss bei einem historisch gewachsenen Makro-Phänomen wie einer ganzen „Rechtsordnung". Wollte man eine Rechtssoziologie für französische Jurastudierende schreiben, dann würde die nur verständlich mit einem anderen Repertoire an Exempeln. Nur im Grossen blieben die Aussagen die gleichen.
13

Kap 3

Recht im makrosoziologischen Verhältnis zu Produktion, Zirkulation und Reproduktion

Die Selbsterhaltung der Gesellschaft in Produktion, Zirkulation und Reproduktion

In der Wissenschaft von der Gesellschaft gibt es einen großen Ansatz, der mehr oder minder ausdrücklich vielen Forschungen und Einzelüberlegungen der Soziologie und der Rechtssoziologie zugrunde liegt. Man kann ihn in groben Zügen so charakterisieren: In ihrer Entwicklung, nimmt man sie nun in der letzten zwei Millionen Jahre, oder in den letzte 30.000 Jahren an, befand sich die Menschheit in einem fortwährenden Kampf um Lebensmöglichkeit und Verbesserung von Lebensmöglichkeit. Auch wenn es in irgendwelchen Urzeiten keine sonderlich zielstrebige Geistestätigkeit gegeben haben mag, so hob sich die Menschheit aus der Gruppe der anderen Tiere heraus durch die Fähigkeit Erfahrungen besser und langfristiger zu verarbeiten. Ob es um Feuer und Werkzeuggebrauch geht, oder um den Übergang vom Wildbeutertum zu Landwirtschaft und Viehwirtschaft, das Prinzip ist immer das selbe: Eine Gesellschaft von Menschen muss so beschaffen sein, dass sie den aktuellen materiellen Interessen entspricht, und sie tut dies, indem sie eine unumkehrbare historische Entwicklung zu höheren technologischen Möglichkeiten durchläuft. Beide Grundannahme sind im Denken der gegenwärtigen Menschen all gegenwärtig; man muss nur eine Tageszeitung zur Hand nehmen, um zu sehen, dass in sehr sehr vielen Artikeln Bezug genommen wird auf die Erfüllung der materiellen Interessen und auf eine Vorwärtsentwicklung. Eine religiöse Interpretation des Weltgeschehens ist ersichtlich Randerscheinung und in der Soziologie würde von den Vertretern des vorherrschenden Paradigmas sicherlich abschätzig belächelt, wenn sie überhaupt je artikuliert würde. Andererseits wird das Paradigma auch selten in aller Schärfe ausformuliert, denn es ist einerseits historisch (unumkehrbare Entwicklungen!) und andererseits materialistisch (menschliches Handeln und gesellschaftliches Geschehen sind auf Interessen bezogen!), aber kaum jemand darf sich getrauen, sich offen als historisch-materialistisch arbeitenden Wissenschaftler auszuweisen. In dieser Zuspitzung und Verfestigung nämlich ist die Kombination der Charakterisierung der beiden wesentlichen Elemente des Gesamtansatzes zugleich die Selbstbeschreibung der forcierten Weltanschauung des realen Sozialismus. Dessen Übertreibungen und Ideologisierungen sind nun in den Jahrzehnten bis 1990 langsam verschwunden, aber die wissenschaftlichen Vertreter der „Freien Welt“ haben die internen Entwicklungen des Sozialismus weder in der Politik noch in der Wissenschaft differenziert wahrgenommen und im Großen und Ganzen ihre Feindstellung erst mit dem für sie überraschenden Zusammenbruch des realen Sozialismus verloren, wie man Boden unter den Füßen verliert. Jedenfalls würde man unsinnige Verwirrungen in eine Diskussion bringen, wenn man sich derzeit als historisch-materialistisch arbeitender Gesellschaftswissenschaftler auswiese; nötig ist das nicht. Mit etwas vorsichtigeren Formulierungen bewegt man sich im voll akzeptierten mainstream der Forschung.
Es gibt auch wissenschaftliche Gründe, mit generalisierenden und abstrahierenden Grundaussagen nur sehr vorsichtig und sparsam umzugehen. Was den Materialismus angeht, so haben selbst seine Vertreter im realen Sozialismus anerkannt, dass es einen subjektiven Faktor gibt, dass also soziales Geschehen nicht nur und immer zureichend erfasst werden kann, wenn man materielle Interessen zum Gegenstand wissenschaftlicher Analysen macht. Was die historische Entwicklung angeht, so ist unbestreitbar, dass die Entwicklung nicht immer nur gleichmäßig und überall in Richtung auf eine Verbesserung der Bedürfnisbefriedigung aller Menschen verlaufen ist. So war es z. B. für eingefleischte Vertreter des historischen Materialismus im real-sozialistischen Sinne akzeptiert, das Zentraleuropa in der Zeit zwischen 1450 und 1550 in den italienischen Stadtstaaten und der deutschen Kleinstädterei der Lutherzeit einen sehr hohen Entwicklungsstand des Bruttosozialprodukts pro Kopf der Bevölkerung und ein außerordentlich reges und freiheitliches Geistesleben. Im Vergleich dazu ist die Zeit bis 1650 ein Rückfall, und zwar nicht nur in Deutschland, sondern gleichermaßen in Frankreich, in England, in Italien, in Spanien usw. Für das Ausmaß dieses Rückfalls gibt es keine zureichenden externen Erklärungen.
Die Grundannahme, dass die Mitglieder einer Gesellschaft ihre Gesellschaft erhalten und weiter entwickeln indem sie ihren materiellen Interessen zu genügen versuchen, hat zur Konsequenz, dass alle wichtigen Phänomene, also auch das Recht, auf diese Grundannahme bezogen werden. Wenn man diese Sichtweisen verabsolutiert, dann landet man in der Kurzfassung bei dem Satz: „Das Recht hat keine Geschichte“ (Marx). Das soll sagen: Recht folgt in jedem Detail der gesellschaftlichen Entwicklung, deren Wirkungszentren in der Ökonomie und davon abgeleitet auch noch in der Politik zu
14
sehen sind. Die Beschäftigung mit der gesellschaftlichen Realität aber weist schnell aus, dass es Grund gibt, das Verhältnis zwischen dem Recht und der Gesellschaft, in der es gilt, in der Vergangenheit Fall für Fall zu untersuchen. In der Gegenwart muss man offen sein für unterschiedliche Analyseergebnisse, gleichgültig, ob man im Forschungsgang bei unterschiedlichen Teilbereichen der Gesellschaft beginnt, oder unterschiedliche des Rechtssystems als Blickwinkel und Ausgangspunkt der Forschung wählt.

Die (ausstehende) Gleichstellung von Männern und Frauen als juristisches Bezugsproblem

Art. 3 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“ bezeichnet eines der

grossen gesellschaftlichen Probleme Deutschlands. Warum lässt es sich nicht durch „fortschrittliche“ Gesetzgebung lösen? Warum diktiert offenbar die Langsamkeit des gesellschaftlichen Bewusstseinswandels das geringe Tempo der realen Veränderungen, angesichts dessen die Verfassungsnorm Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz dann hilflos wirkt? Auch in sozialpolitisch tatkräftigen Staaten wie Schweden ist reale Gleichstellung von Männern und Frauen zum Beispiel in Leitungsebenen der Wirtschaft keineswegs erreicht und ein offenbar sehr schwieriges Ziel. Hier wirkt eine gesellschaftliche Grundstruktur, insofern die Rolle der Frau in unserer Gesellschaft Teil familiärer Strukturen ist, und diese sind Kernpunkt des Reproduktionssektors. Für diesen gelten andere, ja gegenläufige Prinzipien, und die unterschiedliche Relevanz von Recht ist ein Teil der Differenz von Produktion und Zirkulation einerseits und Reproduktion andererseits.

Recht als Spiegelbild und Segment der Gesellschaft im Kapitalismus

Recht scheint auf den ersten Blick in einem genauen Abbildverhältnis zu den gesellschaftlichen Strukturen und Institutionen zu stehen. Für das öffentliche Recht gilt, dass Institutionen wie das Deutsche Parlament „Bundestag“ nur in der Form existieren, die ihnen das Grundgesetz gegeben hat. So jedenfalls die Hauptlinie. Das Bürgerliche Recht scheint in der Kategorie Vertragsfreiheit die Bewegungen von Waren und Dienstleistungen auf Märkten zu reflektieren, und in der Kategorie Eigentum wird die Verteilung von Produktionsergebnissen nachgezeichnet. Die wichtigsten Institutionen des Bürgerlichen Rechts lassen sich auf dieser Basis ausdifferenzieren. Wer ein Fahrrad haben will, der muss es per Kaufvertrag erwerben, und ein Fahrraddiebstahl muss ihn deshalb durch Schadensersatzforderung vergällt werden. Dafür braucht man Deliktsrecht. Der Unternehmer, der den Markt mit Leben erfüllt, muss Eigentümer der in seinem Unternehmen gebauten Fahrräder werden, ganz gleich, welche Ausgangsstoffe zusammengeführt werden und welche Arbeiter Hand anlegen. Wo diese Eigentumsordnung aus dem Lot gerät, da braucht man ein Recht der Eingriffskondiktion. Dort, wo „Menschenhilfe“ (eine im Kern moralische Kategorie) das Vertragsrecht ergänzt, setzt § 681 BGB soweit wie möglich die Freiheit des entscheidungsfähigen Rechtsinhabers durch. Der Handelnde, der einem anderen nützen will, muss diesen nach Anweisungen und Einverständnis fragen. Das komplettiert die Parallelität von Gesellschaftsordnung und rechtlicher Verfassung. Die Handlungsfreiheit des Marktbürgers setzt voraus, dass er nicht durch Körperverletzung physisch aus dem Verkehr gezogen wird. Der Diebstahlsparagraph schützt sein Eigentum, der Betrugsparagraph seine Vertragsfreiheit.

Es ist klar, dass ein von Grund auf schlüssig gestaltetes Recht zu kalkulierbaren Rechtsakten führt und damit nicht nur im Detail, sondern auch im Ganzen den kalkulierenden Kapitalismus abbildet und affirmiert. Max Weber hat diesen Zusammenhang weit ausgearbeitet und zu der These überhöht, dieser Typ von Rationalität sei im Entwicklungsgang der modernen Gesellschaften notwendig *(siehe die zusammenfassende Darstellung: Hans Albrecht Hesse: Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden 2004, S. 127 ff.)*.

Die andere Relation von Recht und Gesellschaft im Reproduktionssektor

Im Folgenden soll aber dargelegt werden, dass Recht durchaus nicht durchgängig als direkte Spiegelung gesellschaftlicher Strukturen zu denken ist. Die These lautet: Eine Gesellschaft, die dauerhaft bestehen bleiben will, muss nicht nur Probleme der Produktion von Gütern als Lebensvoraussetzungen für die Individuen bewerkstelligen, und sie muss nicht nur diese Güter in Verteilungsmechanismen an ihre Mitglieder bringen (Zirkulation). Reproduktive Phänomene zeigen ein ganz anderes Verhältnis von gesamtgesellschaftlicher Wirklichkeit und zugeordnetem Recht. Darauf bezogen ist Recht häufig lückenhaft, und verfehlt in den vorhandenen Teilen das im modernen Sinne eigentlich Juristische, nämlich die Vorbestimmung von Konfliktlösungen durch generell-abstrakte Normen, die von Parlamenten als gerechte Lösungen gesetzt werden. Rechtssoziologie kann also in besonderem Maße dazu beitragen, die Unterschiede zu beleuchten, in den in verschiedenen Sphären das Verhältnis von Recht und gesamtgesellschaftlicher Wirklichkeit zu beschreiben ist.

15

Reproduktion im soziologischen Sinne lässt sich am schnellsten durch Antwortversuche zu der Frage klären, was eine Gesellschaft dauerhaft macht.

Wer produzieren soll, und durch Dienstleistung Warenzirkulation aufrecht erhalten soll, der muss dazu seinen Part in einem Arbeitsverhältnis spielen, und dazu muss er seine Arbeitskraft von Tag zu Tag durch den Wechsel von Arbeit und Schlaf reproduzieren. Über die Abfolge der Tage gesehen ist der Wechsel von Arbeitstag zu Feiertag oder in der Moderne von der Arbeitswoche zum Wochenende historisch eingeübt worden. Niemand soll wie die Hebräer im alten Ägypten Tag für Tag, jahraus, jahrein arbeiten müssen, denn die Lehre jener biblischen Geschichte ist eindeutig: Dem entzieht sich die Arbeitnehmerschaft durch Flucht und sei es durch Flucht in eine sehr unsichere Zukunft und sie unterwirft sich einem göttlichen Gebot, das da lautet: Gedenke, dass Du den Feiertag heiligest. Übers Jahr gesehen ist das Konzept produktiver Arbeit inzwischen fest verbunden mit dem Konzept des Urlaubs. „Hast Du Dich gut erholt?“ ist die geläufigste Frage, wenn sich ein Mensch nach einem

Urlaub wieder an seinem Arbeitsplatz einfindet. Die Frage täuscht allerdings insofern, als für die meisten Bürger unserer aktuellen Gesellschaft die Qualität der Erholung, die in die Kraft zu weiterer Produktionsarbeit und Zirkulationsarbeit gibt, zentral in der Familie bestimmt ist. Bei Praktikern der Produktionsarbeit und der Zirkulationsarbeit ist es Allgemeinwissen, dass die Arbeitskraft in sehr intransparenten psychischen Mechanismen reproduziert wird. Familie ist auch der Ort, wo idealer Weise die gesamtgesellschaftliche Reproduktion auch in einem zweiten Sinne stattfindet: Noch immer wird auch in der Bundesrepublik Deutschland die Mehrheit der Kinder in einem festen familiären Umfeld gezeugt und geboren. Wie wichtig diese demografische Reproduktion ist, wird immer von neuem diskutiert, wenn in der Öffentlichkeit der Warnruf zu hören ist: „Die Deutschen sterben aus!" In dieser Formel ist am kürzesten der Sachverhalt benannt, dass alle Produktion und Zirkulation von Waren die gesamtgesellschaftliche Reproduktion und Dauerhaftigkeit nicht garantiert. Dafür ist weiterhin nötig, dass die gezeugten und geborenen Kinder aufgezogen werden, und das heißt auch, dass in der Familie bereits der Transfer von Werten stattfindet, ohne die unsere Gesellschaft längerfristig nicht denkbar wäre. Gerade in der Diskussion um die PISA-Studie und um die neuere Entwicklung der bundesdeutschen Hochschullandschaft ist wieder deutlich geworden, wie stark die familiäre Herkunft das Leben jedes Individuum bis zum Abschluss einer Berufsausbildung bestimmt und damit auch darüber hinaus. Denkt man an Produktion und Zirkulation, so besteht gar kein Anlass, diese Steuerungswirkung zu kritisieren. Wünschenswert wäre nur, dass noch mehr Familien in dem höchst komplexen Vorgang „Erziehung" ihre Mitglieder zu guten Ausbildungsabschlüssen und kräftigerer Teilnahme an Produktionsarbeit und Zirkulationsarbeit bewegen. Recht steht insoweit in einem anderen Konkurrenzverhältnis zur Moral als das in Produktion und Zirkulation von Waren der Fall ist, aber die grössere Bedeutung von Moral bedeutet keineswegs ein völliges Zurücktreten von Recht.

1. Exempel zu Recht und Reproduktion: Berufswahl und Elternrecht

Erstens sagt Recht in wichtigen Bereichen zu Phänomenen der Reproduktionssphäre nichts, oder es sagt nichts dazu in vielen Worten. Das Beispiel dafür ist der § 1631 a, der im BGB vom 1. 1. 1900 noch nicht enthalten war.

§ 1631 a Satz 1 BGB ….In Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs nehmen die Eltern insbesondere auf Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht.

Dabei geht es um ein gesamtgesellschaftlich massenhaftes und außerordentlich wichtiges Geschehen. Eltern haben ein Kind, und es wächst heran, und es stellt sich die Frage, welcher Beruf angestrebt werden soll. Man könnte daran denken, einen Rechtssatz aufzustellen, der da lautete:

„Eltern und ihre Kinder sind verpflichtet, alles in ihrer Macht stehende zu tun, damit das Kind in seinem weiteren Leben ein ökonomisch möglichst effizienter Produzent von Waren und Dienstleistungen wird".

Eine solche Norm muss man einen Augenblick lang ernstlich durchdenken. Von allem anderen abgesehen, ist sie schon deswegen problematisch, weil sie ohne sanktionierende Rechtsfolge die offenbenannte Zielsetzung gar nicht erreichen wird. Ohne Regelungen zum Entzug der elterlichen Sorge, wenn die Eltern ihr Kind nicht richtig erziehen und antreiben, und ohne Regeln über die Verfrachtung fauler Jugendlicher in Arbeitshäuser wäre eine solche Norm ziemlich ineffektiv. Die Lösung des BGB vom 1. 1. 1900 hat die eigentliche Frage überhaupt nicht thematisiert. Hier gab es in zeitlicher Abfolge zwei Kompetenzzuordnungen. Von der Geburt des Kindes an bis zur Erreichung seiner Volljährigkeitsgrenze war die väterliche Gewalt umfasst. Ihre Durchsetzung war auch durch körperliche Züchtigung möglich, also durch ein Verhalten, dass in der Feudalgesellschaft Element der Herr-Knecht-Beziehung war. Ab Erreichung der Volljährigkeitsgrenze von damals einundzwanzig

16

Jahren war nichts mehr verbindlich, was der Vater wollte. Hinter diesen zwei Kompetenzzuweisungen steht ohne eine Dokumentation im Gesetz die Vorstellung, dass in der Mehrheit der Fälle einerseits die Väter für ihre Kinder Berufe auswählen, die lebenslang gerne gelebt werden, und andererseits die Kinder die väterliche Erziehung und sein Vorbild auch gern annehmen und hereinwachsen in das, was der Vater für gut befunden hat. Das Nachwachsen einer langfristig auf fleißige Produktion eingerichteten jungen Generation hat in der statistischen Mehrzahl der Fälle geklappt. Zurückblickend kann man über die Jahrzehnte nur feststellen, dass diese statistische Mehrheit in der Gemengelage von Erziehung, moralischer Kindesliebe, religiös bedingtem Gehorsam der Kinder gegenüber den Eltern, ökonomischem Kalkül bei sonst drohender Enterbung etc. ein Anwachsen des gesellschaftlichen Reichtums bewirkt hat. Anders gesagt: Ein Niedergang und ein Schrumpfen der deutschen wie der übrigen mitteleuropäischen Gesellschaft wurde insoweit im wesentlichen durch Sitten und Moral verhindert, die aber selbst im Beispiel des BGB im Recht nicht einmal genannt wurden. Die heutige indikativische Formulierung dahingegen kann man nicht einmal eine gesetzgeberische Sonntagsrede nennen. In Sonntagsreden deutscher Politiker werden gewöhnlich wenigstens die schönen Zielsetzungen in rhetorisch überzeugenden Formeln beschrieben. Der

Gesetzgeber hat sich nicht einmal getraut, das Kriteriendreieck deutlich zu benennen. Das Gesetz könnte einerseits wie um 1900 den Elternwillen in der Phase vor der Volljährigkeit des Kindes bis an die Grenze des 1666 BGB durchsetzen; es könnte die Berufswahl als ein wichtiges Stück des Persönlichkeitsrechtes des Kindes nach Art. 1 und 2 Grundgesetz dem elterlichen Einfluss entziehen und immer schon dem Kind als Freiheit zuschreiben; es könnte über eine dirigistischere Fassung des § 1666 die Effizienzorientierung mit Fürsorgeerziehung und Arbeitshäusern durchsetzen. Der Text aber kombiniert einen diffusen Tatbestand (berücksichtigen) mit dem Fehlen einer Rechtsfolge. Die Grenzlinie zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem Elternverhalten ist durch die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters, nicht aber durch diesen Gesetzestext bestimmt worden. Die Formen und Inhalte der entsprechenden Konflikte sind wohl sozial beeinflusst worden durch die stärkere Zuteilung von familieninterner Macht auch an die Mutter und Hausfrau. Man kann vermuten, dass der Übergang im 20. Jahrhundert vom Herrschaftsverhältnis Vater-Sohn zu einem Koalitionen-Dreieck Vater-Mutter-Kind sehr viel mehr Kompromisse bewirkt hat und real Kindesschutz war. Rechtssoziologische Forschung gibt es dazu nicht.
Es ist an diesem Beispiel zu lernen, dass die Steuerungsmechanismen in der Reproduktionssphäre völlig andere sind als in der Sphäre von Produktion und Zirkulation

2. Exempel zu Recht und Reproduktion: Geldersatz für Urlaubsglück

An einem schuldrechtlichen Beispiel lässt sich zeigen, dass die kapitalistischen Prinzipien des Bürgerlichen Schuldrechts dort scheitern, wo es um Phänomene der Reproduktionssphäre geht. Als Beispiel kann man den Schadensersatz nach § 651 f. Abs. 2 BGB benutzen. Danach wird im Recht der Pauschalreise ein Schadensersatz in Geld für den entgangenen Urlaub gezahlt, wenn die Reise erheblich beeinträchtigt war. Schadensersatz bezeichnet das vertraute Rechtsinstitut, das immer dann zum Einsatz kommt, wenn die Eigentumsordnung verletzt wird oder primäre Vertragsansprüche schuldhaft justiert werden. Seine Formulierung im Gesetz klingt beinahe wie ein mathematischer Algorithmus. Für Vermögensgrößen, also für die kahle Rechnung in Geldsummen, kann man dieser Formel einen relevanten Anteil des Massengeschäfts der Justiz bearbeiten, und im Vorfeld der Justiz sind es sehr stark die Versicherungssachbearbeiter, die z. B. Autounfälle mit vielen Einzelrechnungsposten abwickeln.
Beim Urlaub scheitert der Ansatz. Dies lässt sich an vielen einzelnen Problemen zeigen, die jeweils unlösbar sind. Wie soll der Richter Wochen und Monate nach dem vertanen Urlaub den Erholungseffekt herstellen, der seinerzeit ausgeblieben ist? Das zeigt, dass Reproduktionsgeschehen in andere Sinne zeitgebunden ist als Vermögensrecht. Wie soll man mit dem Arbeiter umgehen, der den fehlenden Urlaub „wegsteckt", also keine Müdigkeitserscheinungen zeigt. Mit welchem Instrument kann Mangel an Erholung bemessen und in anderer Rechengröße wie Geld umsetzen? Benötigt z. B. die Arbeiterin am Fertigungsstand in der produzierenden Industrie mehr Erholung als der Abiturient in den letzten Ferien vor dem Abitur, um die anstehende weitere Lebensphase gut durchzustehen? Ist nicht ein bisschen Aufregung und action Ingredienz eines gelungenen Urlaubs, der die Langeweile und Routine des dann folgenden Alltags überstehen hilft? – Die Rechtsprechung musste irgendeine Problemlösung wählen und orientiert sich in der Hauptlinie an den Reisepreis. Die unbeantwortbare Frage ist nur, ob dieser irgendetwas mit dem Urlaubseffekt zu tun hat. Ist derjenige, der auf einer Kreuzfahrt vor der südafrikanischen Küste in der Abendstunde an der Bar einen Whisky trinkt am Ende der Reise erholter als derjenige, der im Bayerischen Wald um die gleiche Stunde einen Sonnenuntergang bewundert – für ein Zehntel oder ein Zwanzigstel des Geldes!?
17
Die Inkompatibilität von Reproduktion und Geldwirtschaft führt dazu, dass die dann doch getroffenen richterlichen Entscheidungen nicht rational begründbar sind.

3. Exempel zu Recht und Reproduktion: Das Unterhaltsrecht

Unterhalt ist in von Parlamenten beschlossenen Gesetzen geregeltes Recht. Seine Existenz entspricht dem Selbstbild unserer Gesellschaft und dem Selbstverständnis der Juristenschaft in ihr, wonach alles Wichtige rechtlich geregelt ist. Die Erwachsenengeneration stellt danach die materiellen Mittel zur Verfügung, mit denen die nachwachsende Generation die gesellschaftliche Kontinuität realisiert.
Das Unterhaltsrecht wird zwar für die Mehrheit der Anwendungsfälle im Eltern-Kind-Verhältnis und im Ehemann-Ehefrau-Verhältnis problemlos realisiert. Es teilt insofern das Schicksal z. B. des Kaufrechtes, bei dem sich viele Bürger auch nicht bewusst sind, wie genau ihr Handeln rechtlich vorgezeichnet ist. Aber auch die als Konfliktzonen empfundene Fallkonstellation betreffen große Zahlen von Bürgern. Grund und Höhe von Unterhalt auch für die Kinder sind in vielen Fällen in „intakten" Familien und vor allem nach Trennungen und Scheidungen von verheirateten Eltern nicht ganz unstreitig. Noch höher dürfte der Anteil von Konflikten und Friktionen sein, wenn die Eltern eines Kindes überhaupt nicht verheiratet waren. Sind die Eltern im fortgeschrittenen Alter, so sind häufig die Kinder unterhaltspflichtig, wobei Kind bereits der juristische Ausdruck ist. Vielfach handelt es sich um Angehörige der Sandwich-Generation, die einerseits die noch studierenden Abkömmlinge unterhält,

aber gleichzeitig auch schon in Anspruch genommen wird für die Pflege ihrer eigenen Eltern. Sowohl die reale Pflege ist Unterhalt (in Natur) als auch die Bezahlung von Pflegeheim-Kosten. Die ständig steigenden Scheidungsraten dürften wohl eine zunehmende Zahl von Fällen produzieren, in denen ein Ehegatte nämlich typischerweise die Hausfrau und Mutter, unterhaltsberechtigt ist. In dieser Zone liegt der Konfliktbereich des Unterhaltsrecht, der in der von Männern beherrschten Öffentlichkeit am stärksten wahrgenommen wird. Muss der bisherige Ehemann nach einer Scheidung Unterhalt für die Frau leisten, wenn diese einen Freund hat oder mit dem Freund zusammenlebt.
Differenz von Regelungsdichten. Als erstes fällt am Unterhaltsrecht folgendes auf: Die Regelungsdichte zeigt einen weiteren großen Unterschied zwischen dem bürgerlichen Recht von Eigentum und Vertrag einerseits und dem Unterhaltsrecht andererseits. Man könnte durchzählen, wie viele Worte der Gesetzgeber für das Unterhaltsrecht übrig hat. Dann könnte man damit vergleichen die Zahl von Worten in den BGB-Paragraphen und in der Informationsverordnung zum Fernabsatz oder die Worte der Paragraphen im Bilanzrecht der Aktiengesellschaft. Das Ergebnis ist klar: Für jeden kleinen Sonder-Markt und Einzelproblem des Kapitals ist mehr an Regelung da als im Unterhaltsrecht für Probleme, die für Millionen von Menschen existenziell sind.
Unterhaltsrecht diametral zu Privatautonomie. Unterhaltsrecht bildet seine Prinzipien am schärfsten am auch faktischen Zentralfall aus, dem Kindschaftsrecht. Hier sind die vier Haupttatbestandsmerkmale in aller Reinheit ausgebildet: Eine Unterhaltspflicht besteht dort, wo eine entsprechende persönliche Relation vorliegt; auf der Seite des Berechtigten setzt es die Bedürftigkeit voraus; auf der Seite des Verpflichteten setzt es die Leistungsfähigkeit voraus; die Bemessung erfolgt nach dem Bedarf des Berechtigten. Eine nähere Besichtigung des Unterhaltsrechtes zeigt, dass dieser Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches der Vorstellung von Privatautonomie und Tauschgerechtigkeit so ziemlich diametral widerspricht.
Am krassesten wird Privatautonomie negiert, wo es um das persönliche Verhältnis geht. Die Zahlungspflicht basiert auf Blutsverwandtschaft. Dieses natürliche Faktum wird in Deutschland rechtlich sehr konsequent zur Steuerungsgröße ausgeformt. Es kommt nicht darauf an, welchen Willen die Beteiligten gebildet hatten, als sie ein Kind zeugten. Im Standardbeispiel gibt es keinen Zweifel: Der Mann, der von seiner Partnerin hinsichtlich der Nutzung Empfängnis verhütender Pillen belogen wird, muss für das Kind zahlen, dass er nicht hatte zeugen wollen. Viel häufiger ist allerdings die Situation, die sich kaum jemand als Rechtsentscheidung klar macht und die in der sprichworthaften Wendung beschrieben wird: „Seine Eltern kann man sich nicht aussuchen!“ Bis an äußerste Grenzen der Unbilligkeit sind die Söhne und Töchter ihren alten Eltern unterhaltspflichtig. Der Generationenvertrag wird nicht von Individuen geschlossen und er wird in beiden Generationen durchaus nicht von allen Angehörigen der Generation eingehalten. Weiterhin wird auch der Kreis der Relationen, die zu Unterhalt berechtigen, nicht aus internen Prinzipien der Reproduktionssphäre abgeleitet. Der Testfall dafür ist das Verhältnis von Geschwistern. Muss die Schwester dem Bruder Unterhalt leisten, wenn dieser im Alter zu einem teueren Pflegefall geworden ist und sein Renteneinkommen finanziell seine Fortexistenz nicht mehr sichert? Die Entscheidung, dass dies in Deutschland nicht so ist, haben die Väter des BGB im ausgehenden 19. Jahrhundert getroffen. Dabei wurde die Struktur der öffentlich-rechtlichen Armenversorgung im Deutschen Reich bedacht, aber eine einlässliche Diskussion der Realität des Geschwisterverhältnisses unterblieben.
18
Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit sind ebenfalls Tatbestandsmerkmale, die im bürgerlichen Recht der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit systematisch fremd sind. Sie sind moralische Kategorien. Dies zeigt ein Vergleichsfall, den man sich so vorstellen mag: Ein wohlhabender Bürger einer italienischen Stadtrepublik des 15. Jahrhunderts geht zum Gebet in die Kathedrale seiner Stadt, und er gibt dem auf Domtreppe sitzenden Bettler ein Almosen; die Höhe des Almosens wird von dem Gedanken bestimmt, dass der Bettler im Laufe des Tages genug zusammen bekommen muss, um zu überleben. In der europäischen Geschichte unzählige Male realisierte Situation sind alle drei Tatbestandsmerkmale konstituierend, die sich bis heute im Unterhaltsrecht zeigen. Bedürftigkeit des einen, Leistungsfähigkeit des anderen, Orientierung am Bedarf. Von bloßer Moralität unterscheidet sich die Anwendung des Unterhaltsrechtes auf der prinzipiellen Ebene nur durch die Existenz der Voraussetzung von Blutsverwandtschaft. Nur in diesem Bereich differieren die Prinzipien von der Moral. Das ist ganz praktisch z. B. bei dem Verhältnis von neuen Ehepartnern und ihren Stiefkindern. Hier werden keine Unterhaltspflichten übernommen, aber ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung dürfte moralische Pflichten der Stiefelternteile betreffend Erziehung und finanzieller Versorgung annehmen. Mit dem „Bedarf“ als Grundprinzip des Unterhaltsrechtes hat es seine besondere Bewandtnis. Die gesetzliche Zentralform lautet, dass die Höhe des Unterhalts angemessen sein müsse. „Angemessen“ ist eigentlich eine Nicht-Regelung. Der Richter, der pflichtgemäß vor der Entscheidung des Konfliktes von Bürgern das Gesetzbuch liest, ist nach der Lektüre jenes Wortes genau so klug, als wie zuvor. Es wäre in der Tat denkbar, Vorgaben zu machen, die den Ansprüchen

juristischer Tatbestandbildung genügt. So, wie Leistungen im Zweifel von mittlerer Art und Güte sein müssen, so könnte man dem Unterhaltsberechtigten ein Leben mittlerer Art und Güte ermöglichen wollen. Im Recht der Sozialhilfe hat die Diskussion, was der Mensch zum Leben braucht, eine große Tradition. Hier wird ein Warenkorb kalkuliert, oder man stellt darauf ab, dass der Sozialhilfeberechtigte jedenfalls nicht so viel bekommen darf, dass er lieber sozialhilfebedürftig wird, als dass er Lohnarbeit leistet. Alle solche Überlegungen verwirklichen das erste und wichtigste juristische Prinzip: Die Menschen sind gleich. Während das Kind reicher Eltern mehr Unterhalt bekommt als das Kind armer Eltern, bekommt das Kind reicher Eltern, dass durch ein plötzliches Schicksal unversorgt wird, den gleichen Sozialhilfebetrag wie ein Kind armer Eltern. Hier zeigt sich, dass das Tatbestandsmerkmal Angemessenheit ohne inhaltliche Veränderung das Tatbestandsmerkmal Standesmäßigkeit vom 1. 1. 1900 ersetzt hat. In der aktuellen Rechtspraxis allerdings ist jedes Denken an Standeszugehörigkeit verschwunden, sondern es kommt nur noch auf Geldvermögen und –einkommen an. Der Adlige zahlt also als geschiedener Vater den Betrag an sein Kind, den die Düsseldorfer Tabelle nach seinem Einkommen ausweist; einen Sonderanspruch auf Internat oder Reitpferd hat das junge Mitglied der Adelsfamilie nicht. In der umgekehrten Konstellation ist schon Anfang des 20. Jahrhunderts entschieden worden, dass auch das Kind armer Arbeiter den Anspruch hat, entsprechend seinen Fähigkeiten und Neigungen finanzieller Ausbildungsförderung zu erhalten; erst recht erschien auch heute undenkbar, dass man einem Arbeiterkind die Finanzierung einer höheren Schulbildung verweigert, weil diese nicht standesmässig sei. Die Tradition also, die hinter der Bedarfsbemessung im bürgerlichen Gesetzbuch steht, hat sich verflüchtigt und die Leerformel „Angemessenheit“ füllt den Freiraum im Gesetz mit Druckerschwärze, aber nicht mit einer strukturierenden Idee. Auch im strafrechtlichen Kontext hat man nur Spott für das Tatbestandsmerkmal „Angemessenheit“ übrig, in dem man ein Strafgesetzbuch in einem Satz vorgeschlagen hat: „Wer sich unangemessen verhält, wird angemessen bestraft.“
Steuerung nicht durch Tatbestandsmerkmale. Es zeigt sich an diesem Beispiel die ganze Schwierigkeit, Rechtsstrukturen für die Reproduktionssphäre mit dem rechtlichen Anspruch rationaler Konsistenz zu etablieren. Die bundesdeutsche Geschichte ist insoweit paradigmatisch. Nachdem die Bundesrepublik lange Zeit für Männer und Frauen krass ungleichberechtigend war, gab es den Versuch der sozialliberalen Koalition, ein Scheidungsrecht auf der Basis des für Männer und Frauen gleichberechtigenden Zerrüttungsprinzips zu finden. Im Unterhaltsrecht wurde die Konsequenz durch eine Generalklausel durchlöchert. Die Rechtsprechung konnte die diffuse Formulierung nutzen, um immer weiter aus dem Bauch heraus diejenigen Frauen durch Unterhaltsentzug zu strafen, die sich nach dem Ende ihrer ersten Ehe einem neuen Partner zuwandten. Diese Rechtsprechung der Obergerichte wurde dann wieder im Parlament 1986 in Umformulierung von Generalklausel (§ 1579 BGB) bestärkt, wobei das neue Gesetz ganz unjuristisch nicht durch die Tatbestandsmerkmale wirkte, sondern seine Setzung war höchstens ein Signal. Das Ergebnis ist jetzt, dass der typische lohnarbeitende Ehemann nach der Scheidung von der Unterhaltspflicht für seine Frau freikommt, wenn diese in einer neuen Partnerschaft lebt. Das gilt auch dann – und das ist es, worauf es hier ankommen soll – wenn der neue Partner nicht die neue Kleinfamilie als Familienvater und Ernährer versorgt. Der Witz der Sache ist nun: Wenn die geschiedene Frau ihr Leben nicht nach dem Muster der reproduktiven Kleinfamilie gestaltet, dann wird sie weiterhin als Individuum behandelt und bleibt unterhaltsberechtigt. Im Prozess kann sie also ihre Unterhaltsansprüche damit verteidigen, dass sie

vorträgt, ihr neuer Partner sei nur einer von vielen und sie habe jede Woche einen neuen Freund. Man könnte meinen, dass die Rechtslage in dieser Zuspitzung keine Akzeptanz findet, aber in diesem Bereich wird typischerweise sehr viel damit vernebelt, dass den Beteiligten zugeschrieben wird, bestimmte Realfolgen seien für sie „unzumutbar“. Nimmt man diesen Terminus erst, so verlangt eine psychologische Einschätzung, die fern ab von juristischer Rationalität liegt. Der im Produktions- und Zirkulationsbereich erhobene Anspruch des Rechts, Konsequenzen aus Grundprinzipien zu ziehen, ist jedenfalls im Rahmen dieser Entwicklung der reproduktiven Sphäre aufgegeben worden.
Das Ergebnis ist also auch in diesem Punkt, dass die gesamtgesellschaftliche Reproduktion in ihrem Zentrum, nämlich im familiären Geschehen, vom Recht sehr wenig begleitet wird. Die anvisierten Problemlösungen dann jedenfalls diametral entgegenstehend zu den anderswo herrschenden Ideen von Eigentum, Vertrag, Markt. Aufgegeben sind rationale Prinzipienkonsistenz und Kalkulierbarkeit.

Das öffentliche Recht als schwache Einflussgrösse im Reproduktionsbereich

Das Bild wäre natürlich unvollständig, wenn man nicht hinzufügte, dass das öffentliche Recht einiges auszugleichen sucht. Durch die Schulpflicht soll bewirkt werden, dass die nachwachsende Generation zu leistungsfähigen Produzenten herangezogen wird, und durch den Jugendschutz betreffend Alkohol, Drogen etc. soll ein Abgleiten in die Unproduktivität vorgebeugt werden. Nun soll die Relevanz der Durchsetzung von Schulpflicht in den historischen Zeit der Kinderarbeit keineswegs unterschätzt werden, aber für die Gegenwart muss man festhalten: Nach allgemeiner Meinung hängt der

ungebrochene Fortbestand der modernen Industrienationen davon ab, dass ein möglichst hoher Prozentsatz der nachwachsenden Generation hohe berufliche Qualifikationen erwirbt. Die Schulpflicht in ihrer gegenwärtigen Form reicht bis zu einer Qualifikation, die allgemein als recht niedrig beklagt wird. Es gibt keine Schulpflicht zum Besuch höherer Schulen und es gibt keine Pflicht, gut qualifizierende Berufe zu ergreifen, und es gibt erst recht keine Pflicht zum lebenslangen Lernen. Die großen Themen der gesellschaftlichen Reproduktion sind also öffentlich-rechtlich nicht geregelt. Hinsichtlich des Schutzes der Jugendlichen vor dem Abgleiten in unproduktiven Privatismus wie z. B. Drogenabhängigkeit ist allgemein bekannt, dass der entsprechende Schutz nur betreffend recht kleiner Randgruppen aktuell ist und in sozial relevantem Umfang doch wieder auf die Familienverhältnisse zurückverweist.
Erst recht ist in unserer Gesellschaft die demographische Reproduktion nicht rechtlich gesteuert. Nur eine Gesellschafts- und Rechtsordnung, die wir dann als unerträglich totalitär empfänden, könnte Zeugungspflichten oder Menschen-Zucht vorsehen. Diskutiert wird die demographische Reproduktion dann anhand von zB Kindergeld. Rechtspolitisch ist dabei umstritten, ob man das Geld den Eltern direkt zahlen sollte oder ob die die derzeitige steuerrechtliche Lösung besser ist. Es ist offensichtlich, dass von der Beantwortung solcher Fragen nur eine kaum messbare steuernde Wirkung auf das reale Verhalten der modernen Frauen und Männer ausgeht, weil viele andere Einflussgrössen wichtiger sind als solche Differenzierungen im Recht.

Eine Rechtssoziologie der gesellschaftlichen Reproduktion?

Eine Rechtssoziologie, die gesellschaftliche Funktionserfüllungen und rechtliche Instrumentarien in Beziehung setzt, kann die Abwesenheit von rechtlicher Steuerung in der Reproduktionssphäre nur registrieren. Die schwachen, aber gleichzeitig komplexen Kausalbeziehungen zwischen Recht und Reproduktion sind hauptsächlich Thema der Wirkungsforschung. Auf deren Probleme wird zum Beispiel im Abschnitt über die Begleitforschung zur Kindschaftsrechtsreform zurückzukommen sein.

20

Kap. 4

Recht und unterschiedliche gesamtgesellschaftliche Entwicklungszustände

Zum Konzept der Darstellung

Oben war in einer kurzen Skizze dargetan, dass Recht im Großen und Ganzen die gesellschaftlichen Gegebenheiten in der Sphäre der Produktion und Zirkulation nachzeichnet. Die Normen sind also nicht eine von der sozialen Wirklichkeit separierte Sonder-Welt, und sie sind auch nicht eine Gegen-Welt, die allein die Menschen daran hinderte, nach der Art von Wölfen (homo hominem lupus!) übereinander herzufallen. Eine differenziertere Analyse ergibt weiterhin, das Recht nicht nur gesellschaftliches Geschehen nachzeichnet, das dem Selbstbild von freiheitlichem Individualismus und Marktgeschehen entspricht. Dieses ist vorherrschend, aber nicht allein. Recht spiegelt in einzelnen Bereichen unterschiedliche gesellschaftliche Entwicklungszustände. In unserer Zeit kann man sehr wohl archaische soziale Restbestände ausmachen, die soziale und rechtliche Gegenwart sind. Das Beispiel dafür sind Tabus. Unsere Gesellschaft hat sich auch nicht ganz gelöst vom Feudalismus. Sichtbar sind auch verschiedene Entwicklungszustände des Kapitalismus und Anfänge von Globalisierung.

Das juristische Bezugsproblem Sittenwidrigkeit

Opportun ist Beispielsmaterial aus der Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal „Sittenwidrigkeit“. Das hat den Vorteil, dass die als angebliche Auslegung der Leerformel gewonnenen Ergebnisse der Rechtsprechung (nach vorgängiger oder begleitender Diskussion in der juristischen Literatur) von der Juristenschaft und Justiz mit dem Anspruch rationaler Argumentation verantwortet werden. Sittenwidrigkeit ist ein wichtiges Tatbestandsmerkmal in allen Teilrechtsgebieten, z.B. im Recht der Verträge, Testamente, Körperschaftssatzungen, im zivilrechtlichen Deliktsrecht, im Strafrecht, im öffentlichrechtlichen Gewerberecht etc. Die Rechtsprechung und juristische Literatur zu dieser Generalklausel steht immer unter dem Anspruch, rational begründete Entscheidungen zu bieten, und nicht politische Dezisionen oder parlamentarische Deals oder auch moralische Traditionen. Dieser Anspruch zwingt die Rechtsprechung dazu, in der Ausformung des Tatbestandsmerkmals Sittenwidrigkeit die gesellschaftlichen Grundregeln zu benennen, aus denen die Einzelwertungen in nachvollziehbaren Begründungszusammenhängen abgeleitet werden können. In der Kommentarliteratur aber stellt sich Sittenwidrigkeit als ein Sammelsurium von Fallgruppen dar, die zum Teil nur noch alphabetisch aufgereiht werden. Das Dickicht lichtet sich, wenn man von der rechtssoziologischen Idee ausgeht, dass die Unübersichtlichkeit dieses Rechts ein Abbild der unübersichtlichen, aber letztlich doch verstehbaren gesellschaftlichen Strukturen ist.

Rudimente des gesellschaftlichen Entwicklungsstadiums Archaik

Frühe Gesellschaften sind gekennzeichnet durch die Existenz von Tabus. Tabus in diesem Sinne sind gesellschaftliche Normen, die hoch sanktioniert sind, aber nicht hinterfragt werden dürfen. Für den

Zweck der hier gegebenen Darstellung genügt es, mit diesem sehr groben und der Umgangssprache nahen Begriff von Tabu zu arbeiten. Die Eingrenzung auf soziologisch relevante Erscheinungen kann durch das Beispielmaterial gesteuert werden. Die konstitutive Irrationalität von Tabus lässt diese als Fremdkörper in einer Gesellschaft erscheinen, die in der Ökonomie und in allen anderen Lebensbereichen rationales Handeln als Leitbild und Selbstbild kennt.

Das klassische Tabu ist das Inzesttabu. Alle Gesellschaften der Erde kennen Verhaltensverbote wegen Inzest, auch wenn die jeweiligen Grenzlinien von Fall zu Fall differieren.

Die Tatsache, dass manche Mitglieder der Gesellschaft offenbar die offene Irrationalität des Tabus als Schandfleck einer fortschriftlichen Gesellschaftsentwicklung empfinden, hat wohl bewirkt, dass immer versucht wird, Inzesttabu als rational darzustellen. Dazu zwei Bemerkungen:

Eine eugenische Rationalität wird oft behauptetet, aber nicht bewiesen. Die entsprechende Diskussion ist gekennzeichnet durch eine Verwechselung von Inzest und Inzucht. Inzucht mag in einer tierischen oder menschlichen Population ein Ereignis sein, dass die Krankheiten der Individuen steigert und die Kontinuität jener Tier- oder Menschengesellschaften gefährdet. Sie setzt aber ein Verhalten über diverse Generationen der Population voraus und ist ganz unabhängig davon, ob es auch unter sehr nahen Verwandten zu reproduktiven Verhalten kommt. Solange man sich nicht vorstellt, dass ganze Gesellschaften über Generationen hinweg immer nur Sexualbeziehungen im engen Familienzirkel haben, kann ein gedachtes

21

Fehlen des Inzesttabus keine Inzucht bewirken. Es gibt aber keinerlei Hinweis darauf, dass ohne das Inzesttabu in irgendeiner Gesellschaft inzestiöses Verhalten Massenerscheinung würde.

Ein zweiter Überlegungsstrang versucht wenigstens für die fernere Vergangenheit eine Rationalität des Inzesttabus zu entdecken. Danach soll in frühen Gesellschaften die notwendige gesellschaftliche Durchmischung zur Förderung von technologischem und anderem Austausch dadurch befördert worden sein, dass die Abkömmlinge einer Familie (oder Horde oder Sippe) gezwungen wurden, Abkömmlinge einer andere Familie (oder Horde oder Sippe) als Partner zu wählen und mit ihnen Abkömmlinge aufzuziehen. Diese fortschrittsfördernde Wirkung des Inzesttabus ist bereits für die ferne Vergangenheit sehr zweifelhaft, aber eigentlich unüberprüfbar. Man kann sich aber vorstellen, wie es in einer frühen Jäger- und Sammlergesellschaft mit niedriger Lebenserwartung und einer geringen Kinderzahl pro Frau ausgesehen haben könnte. Die letztgenannten Umstände bewirken unabhängig von der Existenz oder Nichtexistenz von Inzestregeln einen beträchtlichen Grad von langfristiger Durchmischung von Populationen. Erst recht muss man allerdings erwägen, dass die Gesellschaften für die nach diesem Gedankengang das Inzesttabu funktional und damit rational sein soll, Hunderte oder Tausende Generationen her sind. Es gab also reichlich Zeit, sich von den Lebensformen jener Gesellschaften zu trennen und zu befreien wie vom Schamanentum.

Hinzu zu fügen ist der Vollständigkeit halber eine Banalität: Das Inzesttabu hat nichts zu tun mit dem Problem des Kindesmissbrauchs. Körperlich beeinträchtigende sexuelle Zumutungen und Handlungen müssen den Kindern erspart bleiben, aber natürlich sind denjenigen Kindern, die von den handelnden Erwachsenen abstammen, so schutzwürdig wie denjenigen Kindern, die keine Abkömmlinge der Täter sind.

Nach viel Vorreden ist die Hauptsache sehr kurz zu beschreiben: Auch das Recht des fortgeschrittenen Industriestaates Bundesrepublik Deutschland bestätigt und verstärkt das Inzesttabu.

§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB: Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigende Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft ...
Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.

Die Tatsache, dass es auf den Vollzug des Beischlafs ankommt und nicht auf evtl. eugenisch unerwünschte Nachkommenschaft, kennzeichnet das Tabu. Allerdings ist diese Ausformung des Inzesttabus im geltenden Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland nicht gänzlich unangekränkelt von modernen Ideen. Geschwister werden nämlich nicht bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt sind, § 173 Abs. 3 StGB Nicht jeder Beischlaf unter Geschwistern wird in der Bundesrepublik Deutschland als Beleidigung der Weltordnung sanktioniert, sondern nur derjenige, der von Erwachsenen und gereiften Persönlichkeiten ausgeübt wird. Das ist Inkonsequent, wie Tabus nun einmal sind. Diese Inkonsequenz wird kaum bemerkt, weil der Gesetzestatbestand toter Buchstabe ist. Der Tabubruch findet höchst selten und nur ganz im Geheimen statt. Rationalität ist eben kein Merkmal dieser gesellschaftlichen Entwicklungsstufe.

Es gibt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit der jetzigen Bevölkerung der Erde ein Tabu, das wesentlich stärker wirkt als das Inzesttabu. Alle Hochkulturen unsere Kulturraumes, deren Entwicklungen bis heute weiter wirken, haben offenbar von Anfang an mit einem Kannibalismustabu

gelebt. Die einzige Hochkultur, in der das anders war, nämlich das Aztekenreich, ist vor rund einem halben Jahrtausend ausgelöscht worden. Kannibalismus als Praxis in bestimmten Stammesgesellschaften des afrikanischen und pazifischen Raumes hat die Hochkulturen Europas, Indiens, Chinas nie im Ausmaß der Tabuisierung irritiert. Durchgesetzt worden ist auch für diese afrikanischen und pazifischen Kulturräume das Tabu vor so langer Zeit, dass es wiederum keine verbliebene ernstliche Debatte gibt. Der einzelne Tabubrecher in unserer Gesellschaft versetzt sich in eine völlige soziale Isolation. Zu der vollen Ausprägung des Tabus gehört, dass es gilt, auch wenn es im staatlichen, parlamentarisch gesetzten Recht keinerlei Erwähnung findet. Das Tabu wird nicht in die Öffentlichkeit des Bundesgesetzblatts gezerrt. Instruktiv ist die Art, wie der Bundesgerichtshof *(2 Str 310/04)* den Fall behandelt hat, den er selbst in der Presseerklärung als „Kannibalen-Fall" bezeichnet. Er hat zuerst einmal verständlicherweise präzis diskutieren müssen, wie es sich genau mit der Tötung des Opfers verhielt. Davon zu unterscheiden war aber der im Strafgesetzbuch nicht vertypte Sachverhalt, dass Menschenfleisch gegessen wurde. Hinsichtlich dieser Handlung hat der Bundesgerichtshof in seiner Revisionsentscheidung dem Landgericht aufgegeben, § 168 StGB zur Anwendung zu bringen. Dieser lautet:
22
§ 168 StGB: Störungen der Totenruhe. (1) Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt, oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft...
Auszugehen war im Prozess davon, dass das Opfer selbst einverstanden gewesen war, dass nach seinem Tode sein Fleisch teilweise gegessen wurde. Das Landgericht hatte gemeint, die Zustimmung des Opfers habe bewirkt, dass die Verhaltensweise des Täters straflos sei. Damit hat das Landgericht sich im Rahmen der strafrechtlichen Dogmatik bewegt. Der Bundesgerichtshof hat diese verlassen und judiziert, den § 168 StGB liege das Bewusstsein von der jedem Menschen zukommenden und über den Tod hinaus wirkenden Würde und von der Würde des Menschen als Gattungswesen zugrunde. Diese Formel von der „Würde des Menschen als Gattungswesen" ist der entscheidende Gedankenschrift von einer Rechtsordnung, in der Individuen Rechte haben und verfügen, zu der höheren Entität einer menschlichen Gesellschaft, die sich von tierischen Gesellschaften schließlich dadurch unterscheidet, dass sie Tabus kennt. Unverfügbar ist das Tabu. Das Landgericht hatte den Täter wegen der Tötung eines Menschen zu 8 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, während der BGH in der aufhebende Revisionsentscheidung ersichtlich auf die Anwendung des Mordparagraphen seiner Möglichkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe zielt. Die Entscheidung spricht es nicht aus, aber man kann vermuten, dass hinter ihr der Satz steht, dass für den schlimmsten Tabubruch die höchstmögliche Strafe verwirkt ist.
Ein Tabu, das in unserer Gesellschaft durchaus noch präsent ist, ist die „Verhülltheit des Todes" *(dazu Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt 1973, S. 186 f.)*. Dabei ist die Art der Behandlung dieses voraufklärerischen Relikts im juristischen Schrifttum genauso desperat und unsicher wie in der Praxis. Unvermittelt werden Wertungen eingebracht, die so in der gesamten restlichen Gesellschaft nicht gelten. Während sonst im Kapitalismus geschicktes Händlertum positiv bewertet wird, trifft das Verdikt der Sittenwidrigkeit denjenigen Grabsteinverkäufer, der Hausbesuche bei Verwandten des kürzlich Verstorbenen macht *(RGZ 145, 396 vgl. BGH MDR 67, 378).* Verhindert wird das Eindringen Fremder in den Umkreis des Toten. Dem Handel entzogen sind nicht nur Teile des Toten, sondern auch die den Bestattungszwecken gewidmeten Sachen, wenn sie sich allenfalls in der Sphäre des Toten befanden *(Palandt, 64. Aufl., vor § 90, Rz 10.).* Auch die Zwangsvollstreckung soll nicht „am Totenbett" oder „im Trauerhaus" *(vgl. die Beispiele bei Max Vollkommer, Der deutsche Rechtspfleger 1982, S. 2 ff.)* stattfinden. Das wirkliche Problem der Fallgruppe liegt darin, dass ein Tabubruch eigentlich die totale Verstoßung, die Beseitigung des Tabubrechers aus der menschlichen Gemeinschaft als Reaktion erfordert. Wird ein wirkliches Tabu so absolut durchgehalten, so werden keine Abgrenzungsprobleme und Grauzonen mit abgestuften Rechtsfolgen problematisch. Wenn man sich als Richter oder Bürger vor Entscheidungssituation gestellt sieht, in denen ein Tabu zu den Randbedingungen gehört, dann gibt es keine funktionierenden Abwägungsregeln, sondern immer nur weiter irrationale Dezisionen, die dem Standard moderne juristischer Arbeit nicht genügen.

Reste der ständisch-feudalen Ordnung

Unsere Gesellschaft enthält Elemente aus der Ära, die dem Kapitalismus vorausging. Hauptfall sind die als ständisch begriffene Berufe, nämlich Arzt und Rechtsanwalt. Hier haben sich eine Reihe von Einzelelementen jener vorkapitalistischen sozialen Ordnung erhalten. Scharf abgelehnt wird bis heute die Idee, solche ständische Organisation könne als Gewerbe verstanden werden, nämlich als profitorientiertes, privatautonomes Wettbewerbshandeln. Statt dessen lassen sich bei Ärzten und Rechtsanwälten folgende Beobachtungen machen: Ihre Einnahmen sind nicht nach Leistung

bemessen (sie sind Gebühren), Konkurrenz durch Werbung ist verboten, eine Standeskleidung wird gepflegt und verlangt, schwarz oder weiß, das heißt also von der Gesellschaft abgehoben und nicht funktional begründet, ein besonderer Chorgeist und eine besondere Kollegialität werden häufig beschworen, die Organisation Kammer negiert die liberale Trennung von Staat und Gesellschaft, wie auch eine Standesgerichtsbarkeit besser in feudale Strukturen passt; den Betroffenen gegenüber sollen besondere Pflichten gelten („Organ der Rechtspflege"; „hypokratischer Eid"); es bestehen besondere Schweigepflichten und –rechte.
Ein Teil dieses vorkapitalistischen Materials wird derzeit wohl nur gesellschaftlich verarbeitet, wie die Frage, ob Ärzte immer die standesgemäße weiße Kleidung tragen müssen. Wäre es ein Kündigungsgrund, wenn ein angestellter Arzt mit hygienischer, aber buntfarbener Kleidung am Arbeitsplatz im Krankenhaus erschiene? Einige solcher Pflichten, die dann ausdrücklich auch Standespflichten genannt werden, werden in der Rechtsprechung zu dem Tatbestandsmerkmal „Sittenwidrigkeit" stabilisiert. Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich im Bürgerlichen Recht, im Gewerberecht, im Recht des unlauteren Wettbewerbs und an vielen Stellen noch. Als klassische

Leerformel gilt die Arbeit mit diesem Tatbestandsmerkmal als Entwicklung von Entscheidungsmaßstäben durch Juristen, aber aufgrund der Wahrnehmung des „Zeitgeistes", für den man die Formel verwendet „alle billig und gerecht Denkenden". Im Verhältnis zu den Standespflichten hat sich die Rechtsprechung einige Flexibilitäten erhalten. Während es wohl vor längerer Zeit so war, dass Standespflichten (also nichtstaatlich gesetzte Pflichten) im großen Umfang über die Leerformel Sittenwidrigkeit zu Rechtspflichten verstärkt wurden, ist diese Praxis in den letzten Jahren und Jahrzehnten zurückgedrängt worden. Ganz verschwunden ist sie allerdings nicht.
In dieselbe Sparte gehört auch „Kommerzialisierung" als dogmatische Kategorie, also als Verdikt gegen das Versprechen eines Entgelts, welches in dem betreffenden Lebenskreis als anstößig gilt. So ist der Verkauf von Orden und Titeln sittenwidrig. Dabei wird in den juristisch-dogmatischen Texten nicht die spezifische sozialhistorische Einpassung von Orden und Titeln in einem späten Feudalstaat gesehen, in dem stehendes Heer und Verwaltungsbeamte für den Fürsten Finanzierungsprobleme mit sich brachten. Wie bei den ständischen Tätigkeiten allgemein ist auch für den Offizier und Beamten in einem Staat noch nicht genug Geld da, der die Entwicklung zum Steuerstaat noch nicht voll durchlaufen hatte. Eine Äquivalenz von Lohn und Arbeit nach Marktpreisen konnte sich der Fürst nicht leisten. In dieser Situation gewinnen Orden und Titel große Bedeutung als nicht finanzielle Entlohnung. Diese Praxis der Stabilisierung eines geordneten Gemeinwesens ist aber in einer Hinsicht empfindlich. Wenn Orden und Titel nicht nur durch Meriten erwerbbar sind, sondern auch durch Bezahlung in Euro und Cent, dann verfehlen sie ihren Sinn. Wenn ich den Träger eines Ordens und des Titels gegenübertrete, dann muss ich als Bürger sicher sein, dass hier besondere Leistungen sozial anerkannt worden sind. Die Existenz eines Anteils von bezahlten Orden und Titel entwertet den ganzen Mechanismus.
Im Bereich des Familienrechtes klingen manchmal noch ständisch-feudale Gesellschaftsmuster in den Argumentationsstrukturen bis in die Jetzt-Zeit nach. Eine Feudalgesellschaft hatte zum Beispiel das Problem des Erhalts von Familienvermögen. Dieses Vermögen durfte einerseits nicht auf Individuen aufgeteilt und zu ihrer freien Disposition gestellt werden; andererseits durfte es auch nicht so starr an einen Familienverband gebunden werden, dass die wechselnden Situationen in der Generationenabfolge nicht aufgefangen werden konnten. Die großbürgerliche Familie des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts übernahm in manchem die ideologischen Konstrukte der feudalen Adelsfamilie. Das BGB vom 1.1.1900 hat in seinem Eherecht zu Förderst die patriarchalische großbürgerliche Familie nachgezeichnet, die ihrerseits ein schattenhaftes Abbild des adligen Hauses mit einem Familienoberhaupt war. Die konservativen Kräfte in der Bundesrepublik Deutschland haben dieses Familienbild des Wilhelminismus immer weiter hoch gehalten, und an einzelnen Punkten lässt sich das bis heute zeigen.
Die Hinweise zur Aktualität des Feudalismus seien durch ein bizarres Beispiel abgerundet. Der Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland Helmut Kohl hat das staatliche Gesetz gebrochen und eine Parteifinanzierung größeren Umfangs nicht transparent gemacht, weil er sich durch ein „Ehrenwort" stärker gebunden fühlte als durch staatliches Gesetz. Insgesamt ist er nach diesem Gesetzesbruch sehr glimpflich behandelt worden – so jedenfalls meine Deutung der Historie. Unter verschiedenen anderen Umständen dürfte dabei beteiligt gewesen sein, dass auch für die Richter „Ehrenwort" immer noch eine wichtige Kategorie ist. „Ehrenwort" ist aber das klassische Bindemittel in einer Gesellschaft, deren konstituierendes und stabilisierendes Moment Adelsfamilien sind.

Klassisches kapitalistisches Recht

Auch die kapitalistische Gesellschaft ist nicht ohne Entwicklungsstufen. Auch sie folgen nicht nur in der Geschichte in Jahrhunderten und Jahrzehnten, sondern stehen immer noch auch als ungleichzeitige im Sinne von Bloch *(Ernst Bloch, Die Erbschaft dieser Zeit, Frankfurt 1979, zuerst*

1935, Seite 104 ff.) nebeneinander. Dabei ist die deutsche Geschichte typisch. Der Kapitalismus, wie er als Wirtschaftsordnung der Wilhelminischen Zeit durchgesetzt wurde, war kein Liberalismus. Er hielt nämlich seine eigenen freiheitlichen Prinzipien nicht ungebrochen durch. Der Staat, der gegenüber dem Kapital freiheitlich war, war gegenüber der Arbeiterschaft repressiv. Das Recht hat diese Zwiespältigkeit affirmiert. Typisches Stichwort ist auf der einen Seite „Knebelung“ *(Palandt, 64. Aufl., § 138 Rz 39).* Der ursprüngliche Sinn wird deutlich aus einer Entscheidung, die vor dem ersten Weltkrieg gefällt wurde. Eine Petroliumsgesellschaft hatte mit einer anderen einen völligen Unterwerfungsvertrag abgeschlossen (RGZ 82, 386). Das Reichsgericht formulierte nun, ohne den wirtschaftlichen Hintergrund auszuleuchten: „Eine Gesellschaft kann sich auflösen, aber nicht selbst entmündigen, so wenig sich eine natürliche Person entmündigen kann ...“. Das lässt sich als Konsequenz aufklärerischen Liberalismus deuten. Die überwundenen Zustände der Sklaverei oder der Hörigkeit dürfen danach nicht durch die erkämpfte bürgerliche Vertragsfreiheit wieder eingeführt werden. Für den extremen Fall der Selbstentmündigung der Individuen ist dieser Satz auch heute

24

noch in Geltung *(BGHZ 46, 161*). Ebenso werden bis heute viele Rechtsgeschäfte wegen sittenwidriger Knebelung für nichtig erklärt. Danach müssen Wettbewerbsfreiheit und Selbstständigkeit gewahrt bleiben und Abhängigkeit muss vermieden werden; so die normative Formel *(z. B. BGH NJW 1974, 2090*). Allerdings scheint sich das Milieu der Betroffenen verändert zu haben. Während Konzentrationsprozesse bei Ölgesellschaften und ebenso die Fragen langfristiger Kooperation größerer Firmen heute ganz anderen Regelungsmechanismen unterworfen sind, geht es jetzt noch vorwiegend um die mittelständische Industrie und zum Teil um kleinbürgerliche Unternehmer, nämlich um Gastwirte *(Palandt aaO Stichworte Automatenaufsteller, Bierbezug*). Abstrakt wird allerdings der Unternehmer mit seiner unternehmerischen Freiheit beschworen.
Die andere Seite:
Der klassische Angriff des vierten Standes auf hochkapitalistische Strukturen sind Streik und Boykott. Interessant ist namentlich der Fall des Boykotts. Ein Boykott kommt dadurch zustande, dass Individuen ihre Freiheitsrechte gebrauchen. Derjenige, der zum Boykott aufruft, macht von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch. Man sollte meinen, dass man als Bürger der Gesellschaft gleichermaßen frei darin ist, z. B. zum Besuch des Gottesdienstes aufzurufen wie dazu, keine Robbenpelzmäntel zu kaufen. Wenn andere Bürger sich beeinflussen lassen durch jenen Gebrauch der Meinungsfreiheit und also entweder beten oder keine Robbenpelzmäntel kaufen, so gilt: Das Nicht-Kaufen ist Gebrauch einer elementaren Freiheit im kapitalistischen Wirtschaftssystem, nämlich der Vertragsabschlussfreiheit. Die Kombination von Äußerungsfreiheit und Vertragsabschlussfreiheit wurde aber vom Reichsgericht als sittenwidrige Schädigung sanktioniert. Auch wenn die Formulierungen und Inhalte seit den Zeiten des Reichsgerichts stark zurückgenommen worden sind, so hat man sich in der Rechtsprechung der juristischen Literatur bis heute nicht entschließen können, Boykott aus Kommentaren und Lehrbüchern zu streichen. Anwälte müssen ihre Mandanten darüber beraten, dass es immer noch ein Risiko ist, zu einem Boykott aufzurufen.
Ähnlich verhält es sich mit dem Satz, dass Schmiergelder sittenwidrig sind. Auch dies ist nicht von politischen Parteien in parlamentarischen Auseinandersetzungen entschieden worden, sondern im Zusammenspiel von Rechtsprechung und juristischer Literatur. Schon die emotionale Terminologie ist auffällig und lenkt ersichtlich von einer genaueren Analyse der ökonomischen Sachverhalte ab. Für das Verdikt der Sittenwidrigkeit soll es charakteristischerweise nicht auf die reale Schädigung eines Dritten ankommen *(BGH NJW 1977, 1062).* Weshalb soll ein Verhalten verhindert werden, dass den Arbeitgeber nicht schädigt? Es kann doch nur darum gehen, abzusichern, dass der Unternehmer restlos alle Einkommensquellen allein nutzen kann, die mit seinem Gewerbe verbunden sind. Ferner kann man die These aufstellen, die einschlägige Rechtsprechung wolle verhindern, dass das Preis-Leistungs-Verhältnis von Arbeit und Lohn in arbeitsmarktschädigender Weise verwirrt wird, wenn ein Arbeitnehmer manchmal quasi Zusatzarbeitslohn kassiert.

Verwaltetes Privatrecht und Staatsinterventionismus

Auch wenn der Terminus inzwischen ein wenig ungeläufig erscheint, so sei auf „Verwaltetes Privatrecht“ als geeignete Beschreibung der Hauptlinie des derzeitigen Privatrechts verwiesen. Während im öffentlichen Recht gleichzeitig die zunehmende Privatisierung von Staatsaufgaben bis hin zur Einrichtung von Privat-Gefängnissen diskutiert und praktiziert wird, wird das Privatrecht kleinteilig bis hin zur Gestaltung wesentlicher Fragen des Schuldrechts in der BGB-InfoV reformiert. In der Form der Verordnung liest man zur Pauschalreise:
§ 4 Abs. 2 Satz 1 BGB-InfoV.: Die in dem Prospekt enthaltenen Angaben sind für den Resieveranstalter bindend.
In Gefolge der „sozialen Marktwirtschaft“ der 50iger und 60iger Jahre ist ein allgegenwärtiges Ausdifferenzieren von Entscheidungen mit wechselndem Bezug zu Subprinzipien an diese Stelle der klassischen Privatautonomie getreten.

Noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und erst recht in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhundert wurde Recht immer stärker verstanden als Instrument zur Erledigung gesellschaftlicher Aufgaben unterhalb der Größenordnung, die durch politische Entscheidungen bearbeitet wurden. Von daher ist die Redeweise „Verwaltetes Privatrecht" durchaus präzis, weil das Arbeitsteilungsprinzip von Politik/Verwaltung in die anderen Rechtsbereiche ausgedehnt wurde.
Instruktiv ist zum Beispiel das reale Aufkommen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Umgehen der Justiz damit. Es darf nicht verwundern, dass allen voran die zivilrechtlich orientierten Juristen in Gerichtsentscheidungen und juristischer Literatur eine durchgängige Kontinuität zwischen den Reichsgerichtsentscheidungen der Kaiserzeit, der Weimarer Zeit, der NS-Zeit bis hin zur Bundesrepublik sahen. In dieser Kontinuität wurden Themen wie Allgemeine Geschäftsbedingungen
25
mit wechselnden politischen Leitsternen behandelt. In der NS-Zeit gibt es Formulierungen, die den Diskurs über Allgemeine Geschäftsbedingungen anzuschließen suchen an das Prinzip des Führerstaates. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen selbstgesetztes Recht der Wirtschaft. In der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland versuchte man im wesentlichen durch die Formel „Sittenwidrigkeit" das unpolitische, aber wertende Privatrecht zu behaupten, das in das Selbstbild der Gesellschaft der Adenauer-Ära passte. Eine grosse Steuerungswirkung hatten aber die politischen Oberbegriffe nicht. Das verschärft sich in der Gegenwart. Nach den Umbrüchen der späten 60iger und frühen 70iger Jahre war die Masse der Ausdifferenzierungen wesentlich größer geworden und das Bild einer Verwaltung von sozialen Problemen deutlicher. In dieser Zeit wurde Verbraucherschutz auch als Rechtsprinzip entdeckt. Genauso wenig wie die Prinzipien anderer Zeiten aber sind die Einzelentscheidungen, die noch heute in den §§ 308, 309 BGB in seitenlangen Katalogen von Einzelproblemen nachlesbar sind, aus einem Begriff des Verbraucherschutzes deduziert worden. Dieser ist bis heute nicht mit der Klarheit entwickelt, den Juristenarbeit für juristische Begriffe am Ende des 19. Jahrhundert und am Anfang des 20. Jahrhundert reklamierte. Die Lehrbücher des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Rechts, die weitgehend in jenem Selbstbild der Juristerei verharren, beschreiben die Details der gesetzlichen Regelungen von Verbraucherrecht, aber nennen kein Prinzip, das neuauftretende Probleme vorweg lösen könnte. Es verbleibt also beim Bild einer Verwaltung, die sich in wechselnden Formen um das kümmert, was jeweils ansteht. Der Verbraucherschutz gegenüber Missbrauch von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde bis zur Mitte der 70iger Jahre als Richterrecht in Fallketten entwickelt, die an eine individualistische und nach Moral klingende Leerformel anschlossen: Sittenwidrigkeit. Danach wurde dieser Verbraucherschutz in einem „Nebengesetz" zum Bürgerlichen Gesetzbuch betrieben. Nachdem die Wichtigkeit immer weiter erkannt wurde und die Europäische Union das Thema weiter voran gebracht hat, hat eine sozialdemokratische Justizministerin die Aufnahme der Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen in das Bürgerliche Gesetzbuch gegen konservative Widerstände durchgesetzt. Die Entwicklung des Regelapparates, mit dem die Juristen Tag für Tag arbeiten, ist also in drei grundsätzlich unterschiedlichen institutionellen Formen geschehen. Ob nun aber das Richterbild als Entscheider von Individualkonflikten beschworen wurde oder die Trennung von Staat und Gesellschaft, die zur Reinhaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches führte, oder ob dem Parlament als Transformator gesellschaftlicher in juristischer Probleme die politische Kompetenz dazu zugeschrieben wurde – die Juristenschaft entwickelte die Masse der Detailregeln für ihre AGBAlltagsprobleme
selbst.

Gesteigerter Staatsinterventionismus in der Moderne

Für die letzten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts ist allerdings in der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung eine Verschiebung im Verhältnis von Gesellschaft und Recht zu konstatieren. Die Trennung von Staat und Gesellschaft wird zunehmend aufgehoben durch die Vorstellung, der Staat müsse im Falle gesellschaftlicher Probleme intervenieren, um dem Sozialsystem Dauer und Fortschritt zu geben. So sehr die Sonntagsreden auch anders klangen, in der Realität haben die Wirtschaftsminister der Bundesrepublik Deutschland von Ludwig Erhard an immer aktive Wirtschaftspolitik getrieben und sie haben nicht die Wirtschaft als Phänomen der privaten Sphäre sich selbst überlassen. Allerdings muss man zugeben, dass gerade in der Gegenüberstellung zu der sozialistischen Planwirtschaft der DDR immer deutlich geblieben ist, dass nicht durchgängige Regulierung, sondern einzelne Interventionen das Konzept wahren. Davon ist das Recht im Verhältnis zur Gesellschaft nicht unberührt geblieben. Die Justiz hat unter Beifall der Juristenschaft die Gewaltenteilung zunehmend als Arbeitsteilung interpretiert. Das ist unzählige Male durchdiskutiert worden für die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab den späten 50iger Jahren. Hier wurde Richterrecht gesetzt, obwohl der § 253 BGB vom 1. 1. 1900 sehr klar entgegen stand. In der Öffentlichkeit und in der Juristenschaft wurde die technische Möglichkeit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Menschen in schlimmer Weise zu verletzen als ein neues und drängendes

Problem empfunden. Als zunehmend klar wurde, dass die entsprechende Lobbyarbeit im Parlament eine Lösung des Problems durch den Gesetzgeber verhinderte, war dies das entscheidende Argument für die Befürworter einer richterrechtlichen Entwicklung des sanktionierenden Quasi-Schmerzensgeldes, das bis heute ein wichtiges Datum innerhalb der privaten und politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland ist. In der Entwicklung dieses Quasi-Schmerzensgeldes wurde auch vor Ende des 20. Jahrhunderts sehr deutlich versucht in der Form richterrechtlicher Fallketten gesamtgesellschaftliche relevante Probleme zu lösen. Mit der massiven Erhöhung des Quasi-Schmerzensgeldes in der „Caroline-Entscheidung" hat der Bundesgerichtshof den Präventionscharakter der Sanktion klar gemacht. Hier agiert nicht der Salomon, dem ein vergangenes Ereignis präsentiert wird, sondern hier gestaltet eine politische Institution Richterschaft die Zukunft so, wie es das Parlament als Gesetzgeber auch hätte tun können (und müssen!).

26

Damit nicht der Eindruck entsteht, es gehe doch um einzelnes, sei allen mehrere Beispiele interventionistischer Spezial-Problemlösungen genannt.

Ein Beispiel ist der bizarre Satz, dass Eintrittsgelder sittenwidrig sind. Dahinter stand Folgendes: Große Supermärkte ließen sich Geldbeträge dafür zahlen, dass sie die Produkte kleinere Produzenten in ihre Regale aufnahmen. Diese Zahlungen nennt man Eintrittsgeld. Das ist nach der Rechtsprechung sittenwidrig, wobei wohl Mittelständische, Produktive geschützt werden sollen, denen man auch besondere Fähigkeiten in der Fortentwicklung von exportträchtigen Technologien zutraut. Ein justitiabler Wert ist Mittelstandschutz ist aber nicht, und so sieht die Begründung ganz anders aus *(Nachweise bei Siebeneck BB 1979, 1475)*. Auf der Textebene wurde die Sittenwidrigkeit damit begründet, dass der Handel eine Pflicht habe, seinerseits nach den besten Produkten so fahnden, die er dann dem Verbraucher anbietet, und dass diese Funktion des Handels nicht durch schmiergeldhafte Zahlungen gestört werden dürfe. Dass das nicht die Realität moderner Marketingformen trifft, ist klar, aber mit der interventionistischen Grundströmung in der Rechtsprechung ist auch als ständiges Begründungsproblem mit der Frage verbunden, wie man bei Geltung des Gleichheitssatzes gruppenbezogenen Schutz betreiben kann.

Auch Versatzstücke aus der klassisch-liberalen Vorstellungswelt können verfremdet einbezogen werden. Wenn ein Unternehmen sich allseits finanziert, konkurriert häufig die Sicherung Bankkredit mit der Sicherung des Warenlieferantenkredits. Hier haben die Banken lange versucht, sich mit verlängerten Globalzessionen uam für den Konfliktfall die stärkere Position zu sichern. Die Rechtsprechung hat dies mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit belegt *(MüKo § 138 Rn. 89-93)*, weil dadurch die Kreditnehmer gedrängt würden, mit Lieferanten Verträge abzuschließen, in denen irrreale Kreditsicherungen für den Warenlieferanten vorgetäuscht würden. Die Verhinderung von Betrug schützt die Vertragsfreiheit und ist klassisches liberales Privatrecht. Als Argument für das hier zu lösende Problem ist der Gedanke aber nicht überzeugungskräftig, da es um ein Nullsummenspiel ging, dessen Spielregeln allen Beteiligten bekannt war. Täuschen kann man nur jemand, der keine Ahnung hat und sich auch nicht informiert. Diesen Zustand bei den Warenlieferanten zu stabilisieren konnte auch nicht Sinn der Sache sein. In einer Jurisprudenz, die weitgehenden Argumentationsstandards des ausgehenden 19. Jahrhunderts verpflichtet ist, kann man keine explizite Wirtschaftspolitik für Branchen und Gruppen treiben.

Gesellschaftsgestaltendes und politisches Recht

Mit dem Staatsinterventionismus ist eine spezifische Gefahr für die Rechtsprechung verbunden: Wenn man sich daran gewöhnt, Einzelprobleme in relativer Abkopplung von gesellschaftlichen Konsensen und parlamentarischen politischen Aktionen zu betreiben, dann unterläuft leicht auch die Wahrnehmung von rein politischen Problemen, die dann nach eigenen rein politischen Maßstäben gelöst werden. Als Beispiel dafür kann der Borax-Fall stehen. Der BGH hatte 1960 einen Fall zu entscheiden, in dem es um den Verkauf von Borax aus den USA entgegen den dort geltenden Embargo-Bestimmungen in DDR ging. Die Embargo-Bestimmungen galten nach Völkerrecht nur in den USA, und ob Borax wirklich ein Rüstungsgut war, wie die Embargo-Bestimmung suggeriert, wurde in den deutschen Gerichtsinstanzen nicht überprüft. Der BGH entschied, dass der Verkauf von Borax in DDR, dem keine bundesrepublikanischen Normen entgegenstanden, sittenwidrig sei. Man lese:

„Der Sittenverstoß kann nämlich auch in dem Verhalten gegenüber der Allgemeinheit, besonders in einem Verstoß gegen die Belange der Gemeinschaft liegen. Unstreitig sollten sich die amerikanischen Embargo-Bestimmungen verhindern, dass mit westlichen Wirtschafsgütern das Kriegspotenzial des Ostens vermehrt würde; die Embargo-Bestimmungen sollten daher der Aufrechterhaltung des Friedens und der freiheitlichen Ordnung des Westens dienen. Die Maßnahmen lagen daher nicht nur im amerikanischen Interesse, sondern im Interesse des gesamten freiheitlichen Westens und damit auch im Interesse der Bundesrepublik Deutschland. Die Embargo-Bestimmungen dienten daher lebenswichtigen Belangen der Allgemeinheit." (BGHZ 34, 177 f.).

Ebenso wurde fremdes Recht in der Form des § 138 Abs. 1 BGB durchgesetzt, als es um die Zahlung für Kunstgegenstände ging, die aus Nigeria entgegen den nigeranischen Bestimmungen zum Schutze nationaler Kultur ausgeführt worden waren; hier war die Durchsetzung nicht-deutschen Rechts in Deutschland nicht nur eine noble Geste, sondern getragen von der weltweiten Akzeptanz des Satzes, dass der Kunsthandel nicht zu einer post-kolonialistischen Ausbeutung der Kunstmärkte von Entwicklungsländern führen dürfe. Für zentrale Bereiche des wirtschaftlichen Geschehens wird allerdings eine entgegengesetzte Sichtweise durchgesetzt. Dafür steht der Fall „An unseren

27

Bremsklötzen klebt das Blut der Südkoreaner“ *(BGH IPrax 1981, S. 20)*. Ein deutscher Asbestverarbeiter hatte versucht gegen einen Konkurrenten vorzugehen, der südkoreanische Billigprodukte auf dem Markt brachte. Diese wurden unter Bedingungen hergestellt, die die Arbeitnehmer nach dem Bericht des Klägers sehr stark der Gefahr tödlicher Asbesthose aussetzt. Der BGH meinte in seiner systemimmanenten Entscheidung sinngemäß, für die Arbeitnehmer eines Entwicklungslandes könne und brauche man nichts zu tun und bezeichnete die Einfuhr solcher Produkte im Ergebnis nicht als unlauter. *(zur Diskussion vgl. Rolf Knieper/ Hartmut Fromm NJW 1980, 2020 und Leo Katzenberger IPrax 1981, S. 7)*.
Die staatsinterventionistische Praxis der deutschen Gerichte hat sich fortgesetzt in der Entwicklung von Richterrecht, das mit Blick auf die Entwicklung des Sozialstaates interpretiert werden muss. Dafür nur ein Beispiel: Durch politische Großentscheidung im Parlament wurde in den 70iger Jahren durchgesetzt, dass Scheidungsverfahren wesentlich konfliktärmer als bis dahin gestaltet wurden. Auf dieser Linie lag es, im großen Umfang auf Vergleiche in Prozessen zu setzen und diese höchsten durch Justiz intern erarbeitete Tabellen (allen voran die Düsseldorfer Tabelle) zu strukturieren. Damit verbunden war die Entwicklung eines Anschlussproblems: Es kommt sehr häufig vor, dass in der klassischen Scheidungssituation des lohnarbeitenden Mannes und der Hausfrau und Mutter die letztere auf Unterhalt verzichtet, obwohl ihre ökonomische Situation keine oder keine zuverlässige Versorgung für die Zukunft hergibt. Ihr wird auch wieder mit Sittenwidrigkeit oder dem Topos des Verbots eines Vertrags zu Lasten Dritter argumentiert und im Effekt die leere Kasse des Sozialstaates gegen noch weitere Ansprüche verteidigt. Ein Vertrag, der kausal dafür werden kann, dass eine Person die Tatbestandsmerkmale der Sozialhilfe erfüllt, ist unwirksam *(Nachweise zB Palandt 64. a. § 138 Rz 47)*. Der Gesetzgeber hätte sich schwer getan, die Fülle der denkbaren Fallkonstellationen in ein einziges Verbotsgesetz einzufangen. Obwohl es sich über die Jahre hinweg um viele Tausende von Fällen handelt, die die Sozialhilfekassen mit beträchtlichen Summen belasten, war nicht zu erwarten, dass politische Entscheidungen im sensiblen Gebiet des Scheidungsrechts eingriffen. Die Rechtsprechung hat den Zeitgeist der Hartz-IV-Gesetze in diesem Bereich, der scheinbar von ihr „unpolitisch“ geregelt wird, vorweggenommen.

Die Lehren für die Zukunft?

Es wäre ein spannendes Thema, zu überlegen, welche anderen Probleme so neu sind und so heiße Eisen sind, dass nicht das Parlament und andere politische Instanzen, sondern die scheinbar unpolitische Rechtsprechung im direkten Rückgriff auf sich bildende gesellschaftliche Konsense entscheidet. Nur als Beispiel ein Kandidat für solche Überlegungen: Das Bundessozialgericht entschied, dass das deutsche Gesundheitssystem nicht für die Einpflanzung einer Niere bei einem kranken Deutschen zahlt, wenn das transplantierte Organe von einem gesunden Inder stammt, der durch die materielle Notlage sich zum Verkauf seiner Niere gedrängt fühlte *(BSG NJW 1997, 3114).* Man wird diesen Fall unter Gesichtspunkten wie Globalisierung, Nord-Süd-Gefälle, Post-Kolonialismus diskutieren können.
Insgesamt verstärkt das Beispiel die These des Abschnitts: Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft ist in weiten Teilen durch eine zweigeteilte Aussage zu beschreiben. Abstrakt gesehen vollzieht Recht gesellschaftliche Verhältnisse nach, affirmiert sie, stabilisiert sie; diese gesellschaftlichen Verhältnisse sind aber nicht mit den Eigenschaften eines einzigen Entwicklungszustandes zu beschreiben, sondern die reale Gesellschaft enthält eine Gemengelage von archaischen Tabus, feudalen Restbeständen, vorherrschenden kapitalistischen Zuständen aller Nuancierungen und vielleicht auch Vorboten einer kommenden Weltgesellschaft. Das bedeutet, dass jeder einzelne Rechtssatz in seinen Bezug zur gesellschaftlichen Realität jeweils gesondert analysiert werden muss.

28

Kap. 5

Recht als Form der Herrschaft und der Vorgang der Verrechtlichung

Herrschaft als Gegenstand der Rechtssoziologie und das Konzept der Darstellung

Wenn man den Zusammenhang mit einer öffentlichen Diskussion, mit dem was andere Bürger denken und sagen, nicht verlieren will, dann ist der Sachverhalt Herrschaft ein wichtiger Gegenstand der Rechtssoziologie.

Mit diesem letzten Satz ist allerdings auch gesagt, dass Recht Herrschaft ist. Dass diese Banalität so deutlich gesagt werden muss, hat seine Ursache in der falschen Ausblendung von Herrschaftsfragen in der Juristenausbildung. Diese wiederum hat ihre Ursache in der Vorherrschaft des Zivilrechts in der Juristenausbildung und der daraus erwachsenen Selbstwahrnehmung der Juristenschaft und der Vorherrschaft der juristischen Dogmatik in eben diesem Zivilrecht. Die Studierenden der Rechtswissenschaft sind wohl beraten, vor ihrem Examina die Probleme des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zu studieren; die Frage danach, ob die Eigentümer über die Besitzer herrschen, ist eine Frage aus einer anderen Welt. Es verschlägt wenig, auf die Tradition hinzuweisen, in der die Justizia ein Schwert schlagbereit in der Hand hält. In einer gängigen Redeweise wird dazu erklärt, dass die Justiz nur für ihre eigenen Zwecke, also zum Zwecke der Durchsetzung von Gerechtigkeit, ein Schwert habe. Justizia ist demnach eine Einzelkämpferin. Dass dieses Bild falsch ist, ist klar, seitdem sich die Idee der Gewaltenteilung für das politische Deutschland durchgesetzt hat.
Dass die Gewaltenteilung keine Teilung sondern eine Gewaltenkooperation ist, zeigt das positive Recht ganz schlicht. In diesem positiven Recht ist der Kernpunkt der unpolitisch empfundenen und herrschaftsfrei gedachten Dogmatik das Vertragsrecht und der vertragsrechtliche Fall. In der Ausbildung und weithin auch in der Justiz wird so getan, als sei ein Problem zwischen Bürgern gelöst, wenn man eine vertragsrechtliche dogmatische Frage gelöst hat und in ein richterliches Urteil umgesetzt hat. Aber was ist, wenn der eine Bürger, der z. B. als Besitzer die Sache an den Eigentümer herausgeben muss, dies schlicht nicht tut? Auf der Basis des rechtskräftigen Urteils (übrigens: mag dieses nun juristisch-dogmatisch richtig oder mag es auch falsch sein!) tritt ein Gerichtsvollzieher in Aktion. Und was ist, wenn der Besitzer einen Besitz mit klassischen bürgerlichen Mitteln verteidigt, nämlich ihn in seinem Haus mit Schlössern einschließt? Der Gerichtsvollzieher kann die Schlösser aufbrechen! Und was ist, wenn jener Besitzer immer noch weiter Widerstand leistet und sich dem Urteil des Zivilrichters nicht beugen will? Dann nimmt der Gerichtsvollzieher die Hilfe der Polizei in Anspruch!

§ 758 ZPO: Der Gerichtsvollzieher … ist zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen.

Es kommt also dieselbe Institution zum Einsatz, die für das Verhaften von Straßenräubern und für das Auflösen verbotener Demonstrationen zuständig ist. Nur: In keiner Fallsammlung wird das je erwähnt!
Es gibt eine Fülle von wissenschaftlichen Diskussionen zu diesen großen Themen Recht und Gewalt. Wie auch sonst bei großen Themen, stehen die wichtigen Theorieansätze unverbunden nebeneinander. Es sind Paradigmen im Sinne von Thomas Kuhn *(s. Thomas Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 15. Auflage Frankfurt 1999).*
Sie können hier in einem Abschnitt nicht aufgearbeitet werden. Es kann nur anfangs klargemacht werden, dass die ungelösten Grundprobleme bis in die heutige Rechtssprechung hereinreichen. Danach kann man eine für das Verständnis der Justiz wichtige Analyse vorführen. Im ferneren muss man einige Stichworte ansprechen, die für die Kommunikation unter Juristen wichtig sind.

Ein juristisches Bezugsproblem: Die Grenzziehung Recht/Politik im Kosovokrieg

Nun kann man mit guten Gründen sagen, dass die Fragen der Herrschaft wissenschaftsdisziplinär der Rechtspolitologie und nicht der Rechtssoziologie zuzurechnen sind. Interessant sind die betrachteten Phänomene und nicht die Disziplinen. Allerdings lässt sich ein Großthema wie Herrschaft nicht ohne weiteres in den vorliegenden Text integrieren. Deshalb sei an dieser Stelle ein Kompromiss eingeschaltet. Zu nennen ist ein juristisches Bezugsproblem, das in der juristischen Öffentlichkeit nicht ausdiskutiert ist, aber geeignet ist, sich gegenläufige Analysemuster klar zu machen.
Dieses juristische Bezugsproblem sind die Entscheidungen deutscher Gerichte zu Schadensersatzzahlungen an solche Bürger des damaligen Jugoslawiens, die im sog. Kosovo-Krieg Schäden erlitten haben. In diesem Krieg wurde die amtierende Regierung Jugoslawiens durch eine Bombardierung durch die gemeinsam geführte und gemeinsam agierende Nato-Luftwaffe soweit

destabilisiert, dass sie einen kampflosen Einmarsch von Bodengruppen in den Kosovo zustimmte; diese Bombardierungen waren weder nach ihrem Plan noch nach ihrer Praxis auf militärische Ziele zu begrenzen und es war von vornherein klar, dass die einschlägigen Befehle des Bundesverteidigungsministers auch die Tötung, Verletzung und Schädigung von Personen bewirken würden, die bis dahin keinerlei Einfluss auf Untaten im Kosovo gehabt hatten und keinesfalls etwa durch die Bombardierung an Untaten im Kosovo gehindert werden würden. Ein typischer Sachverhalt, wie er in der Klageschrift beschrieben wird:

Die Stadt Varvarin wird auf ihrer östlichen Seite durch einen in süd-nördlicher Richtung fließenden kleinen Fluß, die Morawa begrenzt. In West-Ost-Richtung überspannte den Fluß eine Brücke…. Die Brücke hatte eine Spannweite von 180 m; ihre Fahrbahnbreite betrug 4,50 m zuzüglich eines Fußgängerweges von weiteren 1,50 m…

Im Anschluss an den am 08.10.1998 von den Mitgliedstaaten der NATO gefassten

Beschluss stimmte der Deutsche Bundestag durch Beschluss vom 16.10.1998 dem Antrag der Bundesregierung vom 12.10.1998 (BT-Drs. 13/11469) „dem Einsatz bewaffneter Streitkräfte entsprechend dem von der Bundesregierung am 12. Oktober 1998 beschlossenen deutschen Beitrag zu den von der NATO zur Abwendung einer humanitären Katastrophe im Kosovo-Konflikt geplanten, begrenzten und in Phasen durchzuführenden Luftoperationen für die von den NATO-Mitgliedsstaaten gebildeten Eingreiftruppe unter der Führung der NATO" zu….
In dem Zeitraum vom 24. März bis zum 10. Juni 1999 wurden unter Beteiligung deutscher Streitkräfte Luftoperationen in der Bundesrepublik Jugoslawien durchgeführt. Deutsche Flugzeuge waren an der Luftoperation „Allied Force" mit sogenannten RECCE- und ECRTornados, die der Luftaufklärung und dem Begleitschutz dienten, beteiligt.
Am Sonntag, den 30. Mai 1999, war auf der am stadtseitigen Brückenende weiterführenden Hauptstraße sowie den abzweigenden Nebenstraßen der Stadt Varvarin wie jeden Sonntag zwischen 8:00 und etwa 16:00 Uhr Markt. Dieser hatte an dem sonnigen Tag insgesamt 355 Marktstände registriert; hinzu kamen weitere Händler ohne Stand… Gegen Mittag befanden sich auf dem Kirchengelände und dem Markt etwa 3000 bis 3500 Menschen.
Zu dieser Zeit griffen Kampfflugzeuge der NATO die Stadt Varvarin im Tiefflug an. Insgesamt vier Raketen wurden abgeschossen. …Die Druckwellen waren so stark, dass eine Vielzahl von Gebäuden im Umkreis der Brücke von mindestens 1 km beschädigt wurden…. Die Menschen konnten sehen, dass die Brücke zerstört war. Niemand rechnete damit, dass die Kampfflugzeuge noch einen zweiten Angriff fliegen würden, denn die Brücke lag bereits völlig zerstört im Fluß. Dutzende von ihnen eilten zur Brücke, um Hilfe zu leisten. Als die Hilfeleistenden an der Brücke ankamen und gerade mit der Bergung der Opfer begonnen hatten bzw. beginnen wollten, kamen die Kampfflugzeuge der NATO zurück. In einer 2. Angriffswelle wurden nochmals zwei Raketen auf die schon nach der 1. Angriffswelle zerstörte Brücke abgefeuert. … Opfer dieser 2. Angriffswelle waren die Hilfeleistenden.
(zitiert nach der Berufungsschrift der Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg, www.natotribunal.de, gelesen August 2005)
Die beschriebenen Tötungen, Verletzungen und sonstigen Schädigungen sind in gemeinsamer Aktion der Alliierten unter Beteiligung bundesdeutscher Bomber und Piloten vorgenommen worden. Fraglich im Sinne juristischer Klausurtechnik kann nur sein, ob die Bundesrepublik Deutschland berechtigt war, sich an der Bombardierung jugoslawischer Kleinstädte zu beteiligen, oder ob es sonst einen Grund gibt, dass in diesem Fall die Bürger Jugoslawiens nicht erfolgreich klagen können. Dabei spielt sicher keine Rolle, dass die Anspruchsgrundlage § 839 und nicht § 823 Abs. 1 BGB ist. Im Sachverhalt sind juristisch Verletzungen von absolut geschützten Rechtsgütern und Rechten zu sehen. Völkerrechtlich war auch völlig klar, dass die Untaten und das Versagen der jugoslawischen Regierung unter Präsident Milosovic gegenüber Einwohnern einer Teilregion des Landes kein völkerrechtlich begründbares Recht gab, in einem unerklärten Krieg Bomben auf Zivilpersonen in anderen Regionen jenes Landes zu werfen. Die wirkliche Frage des Falles lautet: Gibt es einen ungeschriebenen Grundsatz im deutschen Recht, wonach die politische Entscheidung für den Kosovo-Krieg selbst und in ihren Folgen für Individuen einer rechtlichen Kontrolle entzogen ist. Man sollte nicht versuchen, sich an der Fragestellung vorbeizumogeln, in dem man konstruiert, die Tötung von Bürgern der Region Kosovo durch Soldaten der jugoslawischen Armee und der jugoslawischen Polizei sei irgendwie in Ausgleich zu bringen zu der Tötung von Bürgern in Regionen mit vorherrschend serbischer Sprache.
30
Auch eine Hilfe in einem Notfall hätte anders aussehen müssen für diejenigen, denen hier geholfen werden sollte. Das Zivilrecht gibt im Rechtsstaat Schadensersatz für Tötungen und für Verletzungen, aber die bisher ergangenen Gerichtsentscheidungen sind ganz offensichtlich im Hintergrund von dem Gefühl beherrscht, dass die Zivilrichter der Bundesrepublik nicht dazu berufen sind, Außenpolitik zu machen und über Krieg und Frieden zu entscheiden. Das LG Bonn hat in einer ersten Entscheidung *(LG Bonn 2004, 526)* gesagt:
Das deutsche Staatshaftungsrecht kommt in Fällen bewaffneter Konflikte nicht zur Anwendung. Es wird durch die Regelungen des internationalen Kriegsrechts überlagert. Bewaffnete Auseinandersetzungen sind nach wie vor (s. zur Beurteilung der Rechtslage für das Jahr 1944 BGH*, NJW 2003, 3488 [unter IV 2bb]) als völkerrechtlicher Ausnahmezustand anzusehen, der die im Frieden geltende Rechtsordnung weitgehend suspendiert.*
Eine besondere Fehlleistung ist der – argumentativ funktionslose – Rückverweis auf den Rechtszustand des Jahres 1944. Aber davon abgesehen: Mit den Gleichsetzungen Frieden/Rechtsstaat und Krieg/Ausnahmezustand ist das elementare Kernproblem bezeichnet. Ist die politische

Entscheidung für den Einsatz der Waffen zugleich eine Außerkraftsetzung des bis dahin geltenden Rechtes?
Man sollte sich die Antwort nicht leicht machen, denn erstens ist eine Bejahung der Frage offenbar weltweite faktische und normative Praxis und zweitens sind die materiellen Folgen aktuell beträchtlich. Das Beispiel kann nicht ausdiskutiert werden, aber eine Interpretation erscheint zwingend: Die Existenz des positiven Rechtes mit seinen Tatbestandsmerkmalen (z. B. „Rechtsstaat“ in Art. 28 GG) erübrigt nicht ein wissenschaftliches Nachdenken darüber, welche Funktion Gerichte und positiv in Gesetzblättern zu lesende Gesetze in unserem gesamtgesellschaftlichen Geschehen (inklusive Krieg) haben können. Gibt es „Politik“ doch als Handlungsfeld, das quasi gleichberechtigt neben dem Handlungsfeld Rechtsstaat steht? Was ist im Rechtsstaat der materielle Unterschied zwischen Rechtsausübung und politischem Handeln?

Recht in der Sicht der Weber'schen Lehre von den Herrschaftsformen

In der Geschichte der deutschen Sozialwissenschaft gibt es eine klassische Analyse von Herrschaftsformen. Sie stammt von Max Weber und unterscheidet typologisch: Traditionale Herrschaft, charismatische Herrschaft, rationale Herrschaft. Diese Typenbildung meint natürlich nicht ausschließende Zuordnungsmöglichkeiten. Ganz sicher kann in einer sehr alten Demokratie wie den USA ein John F. Kennedy buchstäblich durch Charisma etwas bewirken, und ganz sicher hatte die dem Anspruch nach modernste, rationalste Staatsform in der entwickelten Sowjetunion immer noch Züge des zaristischen Russlands, in dem Traditionen aus urvordenklicher Zeit weiterlebten.
Die Typologie kann keine normativen Fragen wie den Schadensersatz nach der Bombardierung Serbien entscheiden, sondern nur eine allgemeinere Analyse der Differenz Recht/Politik leisten. Aber Max Webers Charakterisierung der rationalen Herrschaft interessiert auch, weil zu dieser Art von Rationalität die endpersönlichste Bürokratie gehört, die nun wiederum eine verblüffende Ähnlichkeit hat nicht nur mit dem klassischen Verständnis von Handeln von Beamten im Rechtsstaat, sondern auch mit den Selbstbild der deutschen Justiz. Daher sei dieser Klassiker ausführlich zitiert.
Es gibt drei reine Typen legitimer Herrschaft. Ihre Legitimitätsgeltung kann nämlich primär sein:
1. rationalen Charakters: auf dem Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen und des Anweisungsrechts der durch sie zur Ausübung der Herrschaft Berufenen ruhen (legale Herrschaft), - oder
2. traditionalen Charakters: auf dem Alltagsglauben an die Heiligkeit von jeher geltender Traditionen und die Legitimität der durch sie zur Autorität Berufenen ruhen (traditionale Herrschaft), - oder endlich
3. charismatischen Charakters: auf der außeralltäglichen Hingabe an die Heiligkeit oder die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person und der durch sie offenbarten oder geschaffenen Ordnungen [*ruhen*] *(charismatische Herrschaft).-…(Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, zitiert nach der Ausgabe Frankfurt/M 2005, S. 159)*
Max Weber setzt also in dieser Vorschau den rationalen Charakter der Herrschaft und seine Legalität gleich. Das wird später etwas genauer erläutert:
Die Grundkategorien der rationalen Herrschaft sind also
1. ein kontinuierlicher regelgebundener Betrieb von Amtsgeschäften, innerhalb:
31
2. einer Kompetenz (Zuständigkeit), welche bedeutet:
a) einen kraft Leistungsverteilung sachlich abgegrenzten Bereich von Leistungspflichten, -
b) mit Zuordnung der etwa dafür erforderlichen Befehlsgewalten und
c) mit fester Abgrenzung der eventuell zulässigen Zwangsmittel und der Voraussetzungen ihrer Anwendung.
3. das Prinzip der Amtshierarchie, d.h. die Ordnung fester Kontroll- und Aufsichtsbehörden für jede Behörde mit dem Recht der Berufung oder Beschwerde von den nachgeordneten an die vorgesetzten. Verschieden ist dabei die Frage geregelt, ob und wann die Beschwerdeinstanz die abzuändernde Anordnung selbst durch eine „richtige“ ersetzt oder dies dem ihr untergeordneten Amt, über welches Beschwerde geführt wird, aufträgt.
4. Die „Regeln“, nach denen verfahren wird, können
a) technische Regeln, -
b) Normen sein.Für deren Anwendung ist in beiden Fällen, zur vollen Rationalität, Fachschulung nötig. Normalerweise ist also zur Teilnahme am Verwaltungsstab eines Verbandes nur der nachweislich erfolgreich Fachgeschulte qualifiziert und darf nur ein solcher als Beamter angestellt werden. „Beamte“ bilden den typischen Verwaltungsstab rationaler Verbände…
5. Es gilt (im Rationalitätsfall) das Prinzip der vollen Trennung des Verwaltungsstabs von dem Verwaltungs- und Beschaffungsmitteln. Die Beamten, Angestellten, Arbeiter des

Verwaltungsstabs sind nicht im Eigenbesitz der sachlichen Verwaltungs- und Beschaffungsmittel, sondern erhalten diese in Natural- oder Geldform geliefert und sind rechnungspflichtig. Es besteht das Prinzip der vollen Trennung des Amts- (Betriebs-) Vermögens (bzw. Kapitals) vom Privatvermögen (Haushalt) und der Amtsbetriebsstätte (Bureau) von der Wohnstätte.
6. Es fehlt im vollen Rationalitätsfall jede Appropriation (d.h. eigentumsähnliche Zuordnung, G. S.) der Amtsstelle an den Inhaber. Wo eine „Recht“ am „Amt“ konstituiert ist (wie z.B. bei Richtern…), dient sie der Sicherheit der reich sachliche („unabhängigen“) nur normgebundenen Arbeit, im seinem Amt.
7. Es gilt das Prinzip der Aktenmäßigkeit der Verwaltung, auch da, wo mündliche Erörterung tatsächlich Regel oder geradezu Vorschrift ist: zumindest die Vorerörterungen und Anträge und die abschließenden Entscheidungen, Verfügungen und Anordnungen aller Art sind schriftlich fixiert. Akten und kontinuierlicher Betrieb durch Beamte zusammen ergeben: das Büro als den Kernpunkt jedes modernen Verbandshandelns. (Weber aaO S. 161)

Die Justiz als Feld rationaler bürokratischer Herrschaft i.S. Max Webers

Es springt ins Auge, dass Max Webers Beschreibung mit großer Präzision das Selbstverständnis der Justiz nachzeichnet. Nur zur Vergewisserung seien einige Punkte angemerkt.
Die durchgängige Entpersönlichung wird immer dann sichtbar, wenn eine Person ausgetauscht wird. Der Richter, der ein (meist „abgesoffenes“) Referat übernimmt, übernimmt alle Prozesse in dem Zustand, den die Akten ausweisen. Jedenfalls im Massengeschäft der deutschen Justiz gibt es kein anderes Gedächtnis als die Akten.
Anders als im Alltag gibt es den Tatbestand der Verärgerung nicht. Der Richter, der in einen Fall schon viel Arbeit investiert hat und dann durch eine plötzlichen, faulen außergerichtlichen Vergleich der Anwälte seines Erfolgerlebnisses beraubt wird, hat keinen Ort der persönlichen Reaktion. Zu den Akten kann man vieles reichen, aber keine Dankesschreiben des Bürgers, der sich vom Richter gut behandelt fühlt.
Nach einigen Kämpfen hat sich die deutsche Justiz nicht von den Roben gelöst. Roben sind Pflicht, soweit die Öffentlichkeit zugegen ist. Sie demonstrieren augenfällig, dass der Mund, der die Worte des Gesetzes spricht, nicht irgendein Mitmensch ist. Interessant ist ein kleines Gedankenexperiment: Was passiert, wenn zu einem normalen zivilrechtlichen Gerichtstermin die beteiligten Bürger ohne Anwälte erscheinen, aber beide Roben tragen? Wahrscheinlich wird im Einzelfall der Richter die Sache mit Nonchalance zu überspielen versuchen, aber wenn das Robentragen sich zu einer breiteren Protestbewegung gegen die Volksferne der Justiz entwickelte, dann würde wohl mit einiger Sicherheit die Justiz die Nicht-Alltäglichkeiten ihres Arbeitens verteidigen und die Robe als Anmaßung der Richterrolle gegen den Missbrauch durch die Bürger verteidigen. Mit einiger Sicherheit würde dann der Rechtssatz geboren: Die Robe ist das Amt.
32
Am auffälligsten ist die Ritualformel: „Das Gericht zieht sich zu einer Beratung zurück.“
Der zeitweilige Einsatz mehrerer Richter mildert die Entpersönlichung in keiner Weise. Das lässt sich zuerst für den Einsatz von Kollegialgerichten zeigen: Sie sprechen immer mit einer Stimme. Nur das Endergebnis zählt, die in der Abstimmung unterlegenen Richter sind für die Öffentlichkeit für den weiteren Verfahrensgang nicht existent. Es wird keine Minderheitenmeinung unterdrückt, sondern es spricht nur das Gericht in Amtsausübung. Ganz abwegig ist die Vorstellung, der in der Abstimmung unterlegene Richter könne der unterlegenen Zivilprozesspartei oder dem nach seiner Meinung zu Unrecht verurteilten Angeklagten nach dem Urteil Trost zusprechen und ihm sagen, wie gut seine Position nachvollziehbar gewesen sei.
Zwischen den Instanzen findet überhaupt keine Kommunikation statt. So kann man jedenfalls den Sachverhalt interpretieren, dass es eine Anrede selbst im Falle der deutlichsten Beauftragung nicht gibt. „Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass ...“ Dem Richter, der „aufgehoben wird“ kann die rabiate Entscheidung der nächsten Instanz die Karrierechancen vermasseln, aber es gibt keinen systematischen Ort, an dem institutionsinterne Streite ausgetragen werden könnten. Selbst in der Beamtenschaft des öffentlichen Dienstes, wie Max Weber in seinem Idealtyp erstrangig erstellen wollte, gibt es Remonstration und Anweisung. Der in der Hierarchie Untere kann den in der Hierarchie Oberen zum Nachdenken zwingen. In der Praxis wird der Verwaltungsbeamte, der sich mit Entschiedenheit zu einer abweichenden eigenen Meinung bekennt, viel seltener zur Übernahme der Institutionsmeinung gezwungen als der Richter einer unteren Instanz durch ein Aufheben des Urteils.

Die Paradoxien regelgeleiteten rechtlichen Handelns

Weil es so aussieht, als sei das Handeln der Justiz der klassische Fall des legalen, rationalen, regelgeleiteten Herrschens, sei deutlich hinzu gefügt: Regelgeleitetes Handeln hat seine Vorzüge, aber auch seine Kosten. Eine wertende Gleichsetzung „regelgeleitet = juristisch gut“ wäre völlig voreilig. Auch das Gegenteil gilt natürlich nicht unbesehen, solange wir nicht lauter Salomone als

Richter haben und nicht lauter Mütter, die Salomons Trick nicht vorzeitig durchschauen.
Das Grundproblem lässt sich an zwei Rechtsinstituten klar machen, die für das Familienrecht der letzten 50 Jahre wichtig geworden sind. Es gilt: Regelgeleitetes Handeln verliert den Zusammenhang mit den zugrunde liegenden Gerechtigkeitserwägungen und gesellschaftlich akzeptierten politischen Programmen; Normtexte, die situationsangemessen sein sollen, werden notwendig so unklar wie die Situation und lassen sich nicht auf einen operationalen Kreis von Sub-Regeln begrenzen
Exempel 1: Zugewinnausgleich:
Es handelt beim Zugewinnausgleich nach Ehescheidung sich um einen Normenkomplex, in dem in überdurchschnittlich klarer Weise Tatbestände und Rechtsfolgen mit Worten des Gesetzestextes beschrieben sind. Er entspricht insofern der Vorstellung von rationalen Recht im Sinne Max Webers. Für die Scheidung gab es ein sozial konsensfähiges Grundprinzip, das lautete, dass beide Partner entsprechend ihrer Leistung am dazu gewonnenen Vermögen partizipieren sollen. Eine solche Regelung stand allerdings als Gesetzestext nie zur Debatte und das hatte seinen Grund. Gewählt wurde stattdessen ein System mehrfacher Pauschalierung. Der Anfangswert der Vermögen der Ehepartner wird mit Null-Euro vermutet und diese Vermutung ist häufig nur schwierig zu widerlegen. Das Dazugewonnene wird schlicht halbiert, wobei mehrere Probleme übergangen werden: Der unterschiedlichen Position der Ehegatten in jeweiliger Lohnarbeit wird nicht nachgegangen, ebenso wenig wie dem unterschiedlichen Marktwert von Lohnarbeit und Hausarbeit und eben so wenig wie der unterschiedliche Zeiteinsatz Beachtung findet. Noch seltener wird in der juristischen Literatur diskutiert, dass die unterschiedlichen Konsumanteile keine Berücksichtigung finden. Man könnte noch mehr aufzählen. Man kann diese Pauschalierungen nicht durch konsensfähige detaillierende Grundsätze erklären. So ist es zB keineswegs allgemein gesellschaftlich anerkannt, das Hausarbeit und Lohnarbeit prinzipiell gleichrangige Beiträge zum familiären Unterhalt sind. Bedauert wird in vielen öffentlichen Stellungnahmen die Mühsal der Frau, die viele Kinder zu erziehen hat; das führt aber nicht zu einem höheren Zugewinnausgleich. Noch weniger leistungsorientiert ist der Zugewinnausgleich bei der normalen i. S. v. statistisch vorherrschender Beendigung der Ehe, nämlich bei Tod eines Ehegatten. Die familienrechtliche Norm sieht vor, dass der Ausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch ein Viertel verwirklicht wird. Der Gesetzestext, der dieses einen Zugewinnausgleich nennt, ist schlicht verlogen *(ähnlich deutlich zB Rainer Frank, Erbrecht, München 2000, § 1 Rz 35 a.E.).* Es kommt überhaupt nicht darauf an, ob ein Zugewinn in der Ehezeit gemacht worden ist. In die besagte Erhöhung um ein Viertel fällt auch das Erbe, dass der nun Verstorbene von einem seiner Familienangehörigen bekommen hat. Während der Zugewinnausgleichsanspruch für den Scheidungsfall in dieser Frage noch leidlich konsequent gestaltet ist (§ 1374 Abs. 2 BGB) wird
33
hier in doppelter Inkonsequenz der leistungslose Erwerb des einen an den anderen weiter gegeben und damit Familienvermögen des Verstorbenen verschoben. Das alles zeigt, wohin man kommt, wenn man einigermaßen klare Normen schaffen will, der richtige oder falsche Anwendung auch der Bürger nachvollziehen kann. Die Opfer dieses Normenapparates mögen Gerechtigkeit wollen, sie bekommen Rechtsstaat. Begreift man die Einführung des Zugewinnausgleichs im Jahre 1957 als Verwirklichung der realen Gleichstellung von Frauen und Männern, dann kann man vermuten (mehr nicht!), dass dieses Ziel häufig erreicht worden ist. Für den einzelnen Bürger aber kann die Anwendung der Regel nicht Gerechtigkeit oder sonst Übereinstimmung mit akzeptierten Prinzipien sichern. Eine korrigierende Billigkeitsrechtsprechung ist hauptsächlich für den Fall der Gütertrennung entwickelt worden und hat jedenfalls für Zugewinnkonflikte nicht die Standards der Regelanwendung erreicht.
Exempel 2 Kindeswohl:
Das Tatbestandsmerkmal „Kindeswohl“ hat in der deutschen wie in der weltweiten Rechtsentwicklung einen kometenhaften Aufstieg vollzogen. Niemand würde heute noch auf den Gedanken kommen, ein Familienrecht könne vorsehen, dass nach der Scheidung die männlichen Kinder in den Bereich einer väterlichen Sorge fallen, während die weiblichen Kinder einer mütterlichen Sorge unterworfen werden. Das Beispiel übertreibt, aber sehr viel anders war das Familienrecht vom 1. 1. 1900 im BGB nicht. Die These lautet, dass eine Norm, in der „Kindeswohl“ zentrales Tatbestandsmerkmal ist, nicht die Probleme löst, die mit Normtexten, Tatbeständen und Rechtsfolgen, gelöst werden sollen.
Dazu ein Beispiel: Wenn in einem „ganz normalen“ Scheidungsverfahren eine Frau mit zwei Kindern von vier und sieben Jahren sich einem neuen Partner zuwendet und daraufhin mit ihm zusammenlebt, dann gibt es eine große Menge möglicher Kriterien für die Verteilung der elterlichen Sorge. Das Spektrum reicht von der finanziellen Versorgung über die Bewältigung von Schulproblemen bis hin zur positiven Einwirkung eines stabilen, zuwendungsorientierten Familienlebens auf den ganzen ferneren Lebensweg der Kinder. Die Prognose hinsichtlich der weiteren Entwicklung der Kinder ist nicht nur in einem technischen-handwerklichen Sinne von Wissenschaft schwierig. Diese Prognose ist nämlich nicht durch den Einsatz besserer Instrumente und besserer Prognostiker lösbar. In Wahrheit sind die Geschehensabläufe unbekannt. Vater wie Mutter können neue stabile und positiv zu bewertende

Partnerschaften eingehen, und was daraus für die Kinder entsteht, ist unabsehbar. Es gilt fernerhin sogar, dass die Chance neuer Partnerschaften mit der Entscheidung über die Verteilung der elterlichen Sorge in einer nicht voraussehbaren Weise verquickt ist. Die Lage wird ganz zutreffend durch den Stoßseufzer eines Praktikers beschrieben: „Man müsste Hellseher sein!" *(vgl. Spiros Simitis, u.a.: Kindeswohl – eine empirische Untersuchung der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, Frankfurt 1980, S. 336).* Alle stimmen darin überein, dass Kindeswohl das moderne und gerechte Rechtsprinzip ist, aber was es als Gesetzestext bedeutet, ist unklar. In der familienrechtlichen Diskussion wird auf diese Schwierigkeit ein Stück weit dadurch Bedacht genommen, dass zunehmend „Kindeswohl" inhaltlich ausgefüllt wird durch Sub-Normen, die man Maxime nennen kann. Ob sie fallweise zum Zuge kommen, ist dem Richter nicht vorgegeben und auch nicht im Nachhinein kontrollierbar. Solche Maximen, wie Kindeswohl verwirklichen, lauten: „Möglichst schnell!", „möglichst viele beteiligen!" und „möglichst viele Informationsquellen nutzen!". Die Anwendung solcher Maximen wird gespeist durch ein ganz besonderes prozessrechtliches Instrument: Die Kindesanhörung nach § 50 b FGG. Bei dieser verschafft sich der Richter einen persönlichen Eindruck von dem Kind, um das es geht. Herkömmliche prozessuale Rollen sind dadurch nicht zuweisbar. Das Kind ist nicht Partei und nicht Zeuge, und was der Richter aus den Äußerungen des Kindes an Konsequenzen zieht und welche Initiativen in der Gesprächssituation ergreift, sind völlig offen. Es ist auch ziemlich klar, dass kein Protokoll der Kindesanhörung einen Transfer von Wissen über das Kind leisten kann; wenn ein neuer Richter das Dezernat übernimmt, dann müsste er eigentlich von neuem sich den persönlichen Eindruck verschaffen, den die Anhörung bietet. Im Kernbereich reproduktiven Geschehens gibt es keine steuernden und diesem Sinne rationalen Regeln. Die zukunftsorientierte Kindeswohl-Entscheidung ist letztlich genauso unsicher wie es eine vergangenheitsorientierte Entscheidung über den Zugewinn nach der Lebensleistung der beteiligten Ehepartner sein müsste.
Als vorläufiges Ergebnis der Überlegungen zu Zugewinnausgleich und Kindeswohl ist jedenfalls festzuhalten, dass der Idealtypus der legalen, rationalen Herrschaft nicht flächendeckend und problemlos gleichgesetzt werden kann mit justitiellen Handlungsformen.

Die soziologische Deutung in den Kategorien Konditionalprogramm/Finalprogramm

An dieser Stelle sind zwei Konzepte aus der soziologischen Diskussion zu erwähnen, weil sie als Problemkennzeichnungen dienen können und als solche in einigem Umfang bis in diese Fach-Umgangssprache der Juristen Eingang gefunden haben. Wie unterscheidet sich Recht von Politik, sei es Innen – sei es Aussenpolitk?

34

In den Texten Niklas Luhmanns findet sich häufig das Begriffspaar Konditionalprogramm/Finalprogramm. Danach ist das Rechtssystem gekennzeichnet durch Programme, die nach der Art klassischer Tatbestände handhabbare Sachverhaltsbeschreibungen abfragen und für das Zusammentreffen bestimmter Voraussetzungen Konsequenzen vorsehen. Der Zweck und das eigentliche Ergebnis müssen nicht genannt werden. *(s. z.B. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M 1993, S. 195 ff).*
Das leuchtet am Beispiel des Zugewinnausgleichs ein. Wem sollte es nützen, wenn man in das Familienrecht des BGB hineinschriebe, die Rechtsinstitution Zugewinnausgleich habe die reale Gleichstellung der Frauen zu verwirklichen, namentlich im Hinblick auf die Realität der benachteiligten Hausfrauen. Ebenso leuchtet ein, dass die Regel über die Zuteilung der elterlichen Sorge nach einer Scheidung nicht – ich karikiere – so gefasst werden können: „Die richterliche Entscheidung muss das Ziel erreichen, den Kindern glückliche Kindheiten zu verschaffen und sie zu tüchtigen Staatsbürgern heranwachsen zu lassen!"
Zur Kritik der Luhmannschen Gegenüberstellung wird man sagen müssen, dass die Schärfe der Gegenüberstellung in der Entwicklung eines Theoriekonzeptes gerechtfertigt sein mag, aber dass man in einer Wirklichkeit zugewendeten feineren Ausarbeitung der Theorie zu gradualisierten Konzepten kommt. Man findet die eben genannte Karikatur der Norm nicht im BGB, aber Normen mit dem Zentraltatbestandsmerkmal „Kindeswohl" entsprechen doch ziemlich Finalprogrammen. Wenn man eine Theorie des Rechtssystems entwirft, in dem solche Normen im System nicht vorkommen können, dann verfehlt man jedenfalls die Möglichkeit mit jener Richterschaft in einen rechtstheoretischen Diskurs einzutreten, deren tägliches Problem die Bearbeitung von Kindeswohlfragen ist. Man kann das für richtig halten, wie Luhmann dies wahrscheinlich in aller Konsequenz getan hätte, aber so konsequent sind aktuell wohl wenige Vertreter der Systemtheorie und noch weniger andere Juristen.

Die soziologische Deutung in der Kategorie Lebenswelt

Das zweite Konzept, das an dieser Stelle interessant ist, findet sich bei Habermas und heißt „Lebenswelt". Nach Habermas einleuchtender Zeitdiagnose verhält es sich so, dass die Menschen der Jetztzeit weithin beherrscht werden von den Zwängen einer auf Rationalität, Wissenschaft, Technik, Ökonomie, Politik etc. basierenden Gesellschaft. „Lebenswelt" ist der ziemlich bildersprachliche Versuch, den unauflösbaren Rest zu charakterisieren, der sich jenen Zwängen nicht fügt. Habermas

hat ein zweites Wort hinzugefügt, dass nicht bildersprachlich ist, sondern eine Analogie zieht. „Kolonialisierung der Lebenswelt“ bezeichnet bei Habermas *(Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handels, Band 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt/M 1981, S. 539)* die Art und Weise, wie sich die eben genannten Zwänge immer stärker durchsetzt. Der Vergleich sagt nun, dass die Agenturen von Wissenschaft, Technik, Ökonomie etc. dem Alltagsleben der Individuen und Familien genauso fremd und rücksichtslos gegenüberstehen wie die Kolonialbeamten Belgiens im Jahre 1910 im Belgisch-Kongo dem Stammesleben der Pygmäen. Was die Herrschaft stört, wird beseitigt, und ob das, was dann übrig bleibt, noch für die beteiligten Individuen Sinn macht, ist für den Kolonialherr keine Frage, weil schon sein Wahrnehmungssensorium solche Fragen nicht kennt.
Nun ist völlig klar, dass diese Begrifflichkeit die Schwierigkeit mangelnder Trennschärfe hat. Sie wird auch nicht durch die langen theoriegeschichtlichen Herleitungen bei Habermas beseitigt. Es soll an dieser Stelle aber durch zwei Beispiele gezeigt werden, dass diese Begrifflichkeit zu rechtsrelevanten Beobachtungen anregen kann.
Im Bereich des Zugewinnausgleichs gibt es die Rechtsfrage, wie man im Scheidungsfalle mit noch ausstehenden Steuerrückzahlungen umgehen soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet hier nicht die grobe Pauschalierung des Zugewinns statt, sondern Steuern werden als Einzelposten abgerechnet. Dabei ist nun die Frage, wie man mit den komplizierten Folgen der progressiven Einkommenssteuer umgehen will. Der Steuerrechtler Walz hat vorgeschlagen, dass die Ehepartner auch bei bestehender Ehe dafür einen Steuerberater beschäftigen. Dagegen kann man einwenden, dass hier ein deutlicher Fall von „Kolonialisierung der Lebenswelt“ gefordert werde *(so Gerhard Struck, Steuerliche Vierteljahresschrift 1993, S. 353 m. w. Nw.)*. Zu fördern sei dahingegen ein Leben der Beteiligten ohne den Einsatz von professionellen Regelanwendern. Zu denken sei zuerst an die Möglichkeit, dem situationsabhängigen Familienleben Raum zu geben.
Im Bereich des Kindeswohls ist ebenfalls der Einsatz der professionellen Regelanwendung problematisch. Der deutsche Scheidungsprozess kennt die Anwaltspflicht. Das ist eine problematische Entmündigung des Bürgers in einem ganz wichtigen Ereignis seines Lebens. Erst recht muss man den Zwang zur Beschäftigung von Anwälten für problematisch halten, wenn diese um Normen rechten, deren wichtigstes Tatbestandsmerkmal „Kindeswohl“ heißt. Die nach langen Diskussionen eingeführte
35
gemeinsame elterliche Sorge auch nach der Scheidung wird von vielen deswegen für gut gehalten, weil sie jedenfalls Richter und Anwälte daran hindert, mit ihren Normvorstellungen in die Familien hinein zu regieren.

Verrechtlichung – unwissenschaftlicher Kampfbegriff oder uneingelöstes wissenschaftliches Programm?

Wenn mit einem sachhaltigen Begriff von Recht das gesellschaftliche Zusammenspiel von Politik, Lebenswelt, Recht und anderen Einflussgrößen näher fasst, dann wird eine Anschlussfrage möglich: Weitet sich der Einflussbereich des Rechtes aus? Gibt es in diesem Sinne eine „Verrechtlichung“?
Ein Lehrtext Rechtssoziologie muss sich mit Verrechtlichung beschäftigen. Dafür gibt es bereits einen banalen Grund: Von Verrechtlichung wird in vielen öffentlichen Debatten geredet und es ist auch ein immer wieder angesprochenes Stichwort in der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur. Die These hierzu lautet, dass das Wort Verrechtlichung meistens in einer wissenschaftlich nicht nützlichen Weise verwendet wird und die interessanten Fragen dabei noch kaum angegangen sind.
Verrechtlichung ist in der Tradition der deutschen Rechtswissenschaft als Kampfbegriff erfunden worden. In der Weimarer Zeit konnten die Vertreter der Arbeiterbewegung der Meinung sein, dass sie durch revolutionäre Akte und durch Streiks die Position der Arbeiterschaft würden stärken können. Verrechtlichung war in dieser Wahrnehmung ein leider all zu oft und allzu erfolgreich eingesetztes Verteidigungsmittel der Herrschaft der Bourgeoisie über das Proletariat. Die erstere hatte in Parlament, Justiz und Polizei starke Stützen. Recht war ein Mittel zur weiteren Unterdrückung der Arbeiterschaft. Dabei hatte das Recht als Kampfmittel besondere Vorzüge: In der deutschen Bevölkerung ist Recht sehr hoch angesehen, und zwar auch dann noch, wenn es in durchsichtiger Weise partikularen Interessen dient. Der korrespondierende Kampfbegriff „Klassenjustiz“ hat in der deutschen Geschichte zu keinem Zeitpunkt das Recht enttrohnen können. So war eine Zunahme von geschriebenen Normtexten für die Vertreter der revolutionären Arbeiterschaft ein Übel, das ihre intellektuellen Hilfstruppen in der Fachöffentlichkeit bekämpfen muss *(vgl dazu den Überblick bei Gunther Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler, Hrgb, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 289 ff).*
In der weiteren Entwicklung trat allerdings eine Komplikation ein, deretwegen Verrechtlichung nicht mehr so einfach als Begriff gebraucht werden kann. Die Arbeiterbewegung selbst hat immer jeden ihrer Teilsiege mit dem Instrument des Rechtes absichern wollen. Es wurde z. B. als Erfolg gefeiert, dass das Grundgesetz die Tarifautonomie im Grundrechtskatalog in Art. 9 Abs. 3 verankerte.

Heute wird „Verrechtlichung“ wieder sehr häufig in öffentlichen Debatten als Kampfbegriff verwendet – nur mit anderen Vorzeichen. In Übereinstimmung mit dem Sozialstaatsgebot des Art. 28 GG hat die Gesetzgebung auf diesem Sektor zugenommen. Wie der Arbeitsschutz ist der Umweltschutz eine Materie, der grobschlächtigen Regelungen nicht zugänglich ist. Auf solche Materien bezieht sich die politische Forderung der Unternehmerschaft und der ihnen nahestehenden Kreise nach Deregulierung. Die Klage über Verrechtlichung ist nichts anderes als die Forderung, bestimmte für die Budgets der Mehrheit der Unternehmer ungünstige Normen aufzuheben. Man kann sicher sein, dass die Forderung nach Deregulierung dort nicht erhoben wird, wo feinziselierte Vorschriften ausländische Billigkonkurrenz zurückdrängen oder soweit der Umweltschutz neue Gewinnquellen erschließt.
In den politischen Klageliedern wird auch zu selten eine wichtige rechtssoziologische Unterscheidung durchgehalten. Es ist geradezu begrüßenswert, wenn wenigstens unterschieden wird zwischen „Normenflut“ und der zunehmenden Einschaltung von Justiz in wirtschaftliche Abläufe, sogenannte „Prozessflut“. Die Annahme, dass mehr Vorschriften mehr Rechtsstreite mit sich bringen, ist jedenfalls nicht belegt. „Prozessflut“ korrespondiert nicht genau der „Normenflut“, sondern ist der Refrain im Klagelied überlasteter Richter.
Für einen wichtigen Bereich des bürgerlichen Rechts kann man ein entgegenstehendes Beispiel aufzeigen. Es handelt sich um die Entwicklung des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zuerst richterrechtlich als Ausfüllung von § 138 Abs. 1 BGB verlief; jedes Schrittchen dieser Entwicklung musste auf der unsicheren Textgrundlage der Generalklausel neu erstritten werden. Die heutige Existenz der langen Regelungskataloge in §§ 308 und 309 klärt eine große Zahl von Rechtsproblemen und vermeidet Prozesse.
Ebenso kann man exemplarisch zeigen, dass gleichlange Texte sehr unterschiedlicher Randbedingungen für die Entwicklung einer Streitkultur vorgeben können. Das Beispiel: Das alte Gewährleistungsrecht für Kaufverträge sah die berüchtigte 6-Monats-Verjährung vor. In einer großen Masse von Fällen wussten die Verbraucher, dass man höchstens noch ein halbes Jahr lang etwas

36

machen kann. Heute ist die Grenzlinie ebenso klar und kann ebenso leicht im Kalender überprüft werden; seit der Schuldrechtsreform liegt sie nämlich bei 2 Jahren. Die Justiz muss sich mit Fällen beschäftigen, bei denen der Verbraucher früher hätte resignieren müssen, weil die Lieferung der Sache schon ein dreiviertel Jahr zurücklag. Dabei wurde von interessierter Seite anfangs so getan, als ob eine viermal so lange Frist auch viermal so viele Prozesse befördern müsste. Das ist nun aber auch nicht der Fall, weil die Masse der Problemfälle schon in den ersten Monaten sichtbar wird und viele Konsumgüter schon in kürzerer Zeit als 2 Jahre verbraucht und entsorgt sind. Es gibt also keine Algorithmen von der Art: Viermal soviel Zeit gibt viermal soviel Prozesse; oder: gleichviel Worte im Gesetze bewirken gleichviel Prozesse.
Die „Prozessflut“ als Parallelerscheinung und als Wirkung der „Normenflut“ ist wissenschaftlich nicht belegt.

Forschungsfragen zur Verrechtlichungsthese

Deshalb kann eine rechtssoziologische Darstellung der Situation im wesentlichen nur die Forschungsfragen benennen, zu denen es keine oder nur veraltete Antworten gibt.
Die erste Grundfrage lautet, ob eine quantitative Zunahme des vom Recht beherrschten Feldes nicht hervorgetäuscht wird durch eine politische Entwicklung für immer schwierigeren Groß-Staatengebilden. Dazu ein Gedankenexperiment.

Der Großherzog von Oldenburg wird für seine ostfriesischen Untertanen sicherlich ein Deichrecht gehabt haben und er wird dieses Deichrecht mit den neuen technischen Gegebenheiten weiter modernisiert haben. Der König im Königreich Bayern wird für seine Untertanen in den oberbayerischen Alpentälern Regeln über Bannwald gehabt haben, und es dürfte auch hier ab und zu eine Neuerung fällig gewesen sein. Eine Bundesrepublik Deutschland muss zentral oder föderal oder irgendwie Regeln für Deiche und Bannwälder haben. Die für die Zukunft zu denkende Europäische Union wird – an welcher Stelle ihres Rechtssystems auch immer – zusätzlich dazu die Normen haben, die sich mit Spezialproblemen der Welt nördlich des Polarkreises und der halbjährigen Dunkelheit befassen. Die Gesetzessammlungen, die Normen für ganz Europa enthalten, werden mehr Texte enthalten. Aber der Bürger Hannovers wird von allen diesen Normen weder gestern noch heute berührt.

Die Frage wäre also, ob die Zahl von relevanten Normen für den einzelnen Bürger zunimmt.
Ein ernsthafteres Beispiel, um den notwendigen Zusammenhang zwischen Komplexität der Gesellschaft und Komplexität des Rechtes zu zeigen, sind die gesellschaftlichen und rechtlichen Fragen der Migration.

Die Väter des Grundgesetzes haben durch das Asylrecht des Art. 16 GG und durch das im Grundgesetz genannte Völkerrecht die Grundentscheidung getroffen, dass die Bundesrepublik

sich in einem Komplex normativer Beziehungen zur gesamten Welt positioniert. Vielerlei faktische Änderungen (schnellere Verbindungen durch Flugzeuge, weltumgreifende Kommunikation durch Internet etc.) fordern jetzt ein, dass man sich auch in Gesetzgebung, Verordnungsgebung und Justiz mit den Problemen der gesamten Welt auseinandersetzt.
Das Asylrecht ist komplizierter geworden, weil die Welt komplexer geworden ist. Konsequenz: Wer heute sagen will, es gäbe zu viele Normen, der muss zuerst einmal sagen, welches die angemessene Komplexität eines Rechtssystems und d.h. die angemessene Normenmasse für ein Gesellschaftssystem ist. Zu dieser Frage gibt es keinen Ansatz von Antworten.
Ansätze von Aussagen gibt es zu der Textmenge neuer Gesetze und Verordnungen. Die letzte zusammenfassende Erstellung der einschlägigen Literatur findet sich bei Holtschneider *(Rainer Holtschneider, Normenflut und Rechtsversagen: wie wirksam sind rechtliche Regelungen? Baden-Baden 1991, S. 70 ff.)*. Danach ist die Situation insgesamt unübersichtlich. Leidlich ernst zu nehmende Untersuchungen setzen bei den messbaren Größen an, also bei der Gesamtmasse der in bestimmten Zeitabschnitten gedruckten Gesetzen und Verordnung. Wie bei einem Vorgang der Messung in der Soziologie typisch, beginnen dann die Detailprobleme. Im Bundesgesetzblatt z. B. stehen sehr viele Texte, die nur bis dahin bestehendes Recht als Neuverkündung leichter zugänglich und übersichtlich machen. Die großen Kodifikationen sind inzwischen neu verkündet worden. Das ist äußerlich kenntlich gemacht. Eine Stufe schwieriger zu messen sind die Gesetze vom Typus der SGB I, SGB II, SGB III bis SGB XII. Hier liegt eine Mischung von neuem Text und von Textwiederholung vor. Noch eine Stufe schwieriger zu messen sind die Verweisungen, bei denen die Neuerungen außerhalb der Gesetzblattblätter liegen. So ist z. B. das für die Anwaltschaft sehr wichtige Recht der Verzugszinsen zum Teil im BGB geregelt, aber die praktisch wichtige Bemessungsgröße wird nicht im
37
Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Amüsanterweise findet in der ganzen Debatte keine rechte Beachtung, dass im Anhang aller neuen Gesetze Normen finden, die nur Normen aufheben. Solche Verringerungen der Gesamtnormmasse erscheinen dann mit in der Zählung der Seiten als neue Norm.
Als Zusammenfassung kann man die folgende Aussage wagen: Insgesamt scheint die Masse der Gesetzestexte in einem ungleichförmigen Prozess einen Zuwachs zu haben, der aber ganz undramatisch ist.
Dasselbe lässt sich über die Häufigkeit des Prozessierens sagen.
38

Kap. 6

Recht als System neben anderen Systemen

Die Systemtheorie Luhmanns

Systemtheorie tritt in Deutschland an als eine Gesellschaftstheorie, die jedenfalls in der Reichweite der erfassten Phänomene und in deren Relevanzordnung offenbar eine Alternative ist zu einer Gesellschaftstheorie, die die Entwicklung der bisherigen Gesellschaftsformationen verfolgt und für die Gegenwart das Verhältnis von gesellschaftlichen Teilbereichen (wie z. B. Produktion, Zirkulation und Reproduktion) beschreibt. Für einen Kurs in Rechtssoziologie gibt es hier allerdings eine besondere Schwierigkeit. Texte, die sich irgendwie auf aktuelles Recht beziehen, stammen im großen Umfang von Niklas Luhmann, der nach einer juristischen Ausbildung und einer juristischen Berufspraxis Professor für Soziologie geworden ist. Allerdings sind diese Texte mit mehreren Eigenheiten geprägt, derentwegen sie insgesamt mehr Einarbeitungszeit verlangen als Juristen und Jurastudierende sie üblicherweise für Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie etc. aufbringen.
Erstens ist Luhmanns Referenzrahmen die Theorie der Gesellschaft und ihn interessiert in den neueren und interessanteren Veröffentlichungen das System Recht nur als Unterfall, also als ein System unter anderen. Es geht eben darum, die Gemeinsamkeit von Systemen darzutun und auf die Frage zu beziehen, wie eine Gesellschaft aus Systemen beschaffen sein kann. Das bringt zwei Unterprobleme mit sich. Die Wahrnehmungen, die Luhmann zum Thema macht, entfernen sich häufig sehr stark von der Selbstdarstellung des Rechtssystems. Aber weiter: Luhmann hat seine Theorie im Lauf der Jahrzehnte immer weiter entwickelt und es ist durchaus schwierig, den letzten, quasiverbindlichen
Stand einer Systemtheorie des Rechtes im Verband der teilweise später entstandenen Theorien anderer Gesellschaft konstituierender Systeme zu rekonstruieren.
Der zweite Hauptgrund warum Luhmann als Autor so sperrig ist, liegt im Folgenden: Luhmann hat als Theoretiker Großes gewagt. Das gerade hat nun wiederum zwei Unterprobleme produziert. Einerseits hat Luhmann in erheblichem Umfang eine eigene Begrifflichkeit entwickeln müssen, aber andererseits hat er auch mit allem wissenschaftlichen Ethos die Stellen ausgewiesen, an denen er seine Aussagen nicht recht sicher war. Da nun die Gesamtliteratur, in denen seine Ideen aufgenommen werden, nicht umfänglich ist, sind viele Offenheiten stehen geblieben. Diese verunsichern den Leser.

Ein Drittes Hauptproblem sollte nicht verschwiegen werden: Luhmann ist kein didaktischer und auch kein missionarischer Autor. Ein didaktischer Autor hätte vielleicht die Kunst verstanden, die langen monologischen Texte durch Gliederungspunkte, Zwischenüberschriften etc. nachvollziehbarer zu gestalten, als dies nun einmal bei Luhmann der Fall ist. Ein missionarischer Autor hätte sicherlich versucht, durch eindrückliche Beispiele, durch zusammenfassende Wiederholungen etc. den Leser in seinen Bann zu schlagen.
Exkursorisch sei nach so viel Kritik an Luhmanns Texten der Gerechtigkeit halber hinzugefügt, dass es trotzdem sehr gewinnbringend ist, sie zu lesen. Dafür sei nur ein Charakterzug von Luhmanns Schriften betont. Luhmann ist ein hervorragender Kritiker des geistigen Milieus, in dem sich Rechtsprofessoren und hohe Richter bewegen. Mit klarem Verstand und scharfem Auge erblickt er bei seinen Streifzügen in die reale Rechtswissenschaft und –praxis Leerformeln, aufgeblähte Banalitäten, Inkonsistenzen, unbegriffene Zusammenhänge und vieles andere mehr. Ohne Häme und ohne Aufregung räumt er – massenweise – beiseite, was eine gute und existierende Rechtswissenschaft und vor allem Rechtstheorie niemals hätte akzeptieren dürfen. Kurz gesagt: Als Jurist lernt man bei Luhmann viel. Auf diese Eigenschaft der Systemtheorie, wie sie in Deutschland wichtig geworden ist, ist noch weiter unten zurückzukommen.
Es empfiehlt sich also, an den Anfang zur Charakterisierung der Systemtheorie einen Text zu benutzen, der von Hiller und Welz vorgelegt worden ist *(Petra Hiller, Frank Welz, Soziologische Revue 2000, Sonderheft 5, S. 238)*. Er kann nach dem theoretischen Standort der beiden als Selbstdarstellung gelten:
Eine entschieden gesellschaftstheoretische Bestimmung des Rechts reklamiert hingegen die Systemtheorie. Das trennt ihre Fragerichtung von allen diskurstheoretischen Ansätzen, ob sie nun auf Habermas oder auf Foucault zurückgehen. Schon mit seiner „Rechtssoziologie" formulierte Niklas Luhmann für rechtssoziologische Analysen die komplette Problemstellung neu. Das neuere „Recht der Gesellschaft" (Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993;) fasst die systemtheoretische Alternative der Beschreibung von Recht als funktional ausdifferenziertes Teilsystem zusammen: Das Recht hat keine Eigenqualität,
39
staatliche Sanktion ist nicht sein Merkmal; es gibt keine inhaltliche Bestimmung dessen, was als Recht definiert werden kann. Keine Vernunft, keine Rechtsquelle, keine oberste Norm hält das Recht zusammen. Gegen Habermas Ausgangspunkt, eben die Handlungsnormen seien gültig, denen alle möglicherweise Betroffenen in rationalen Diskursen zustimmen könnten, dementiert Luhmann für die Rechtsgeltung jede normative Qualifikation. Dass in der Einhaltung bestimmter Verfahrensbedingungen ein vernünftiger Konsens gründen oder wachsen könne, erscheint so als Legalfiktion. Systemtheoretisch liegt die Geltung des Rechts allein in seiner laufenden Reproduktion. Sie basiert nicht auf Einheit und Geltung kennt keine Gründe. Sie basiert auf Differenz. Etwas gilt nur, wenn es gilt. Das konterkariert Habermas Ansatz, der der Theoriebildung mit den Strukturen der Sprache ein normatives Fundament unterlegt. Luhmann setzt einen entschiedenen Konstruktivismus entgegen.
Seine Analyse knüpft an keine Normentypologie und keine vorgegebenen Regeln oder Strukturen des Rechts an, sondern an eine gewählte Unterscheidung: System und Umwelt. Diese Differenz ist nicht ontologisch gemeint. Sie trennt keine Entitäten. Soziale Systeme bestehen aus Kommunikationen. Ihre Umwelt ist, je systemspezifisch, alles andere. Die Gesellschaft ist die Dauersequenz aller Kommunikation. Das Recht der Gesellschaft besteht in einer Teilmenge derselben, nicht aus Rechtspersonen oder –büchern, sondern in Rechtskommunikationen. Diese unterliegen einem Code. Wird eine Einzeloperation sei es positiv als Recht oder negativ als Unrecht codiert, so handelt es sich um eine Rechtskommunikation. Eine Sachdefinition des Rechts kann es dabei nicht geben. Aber seine Funktion steht fest. Sie liegt in der Stabilisierung normativer Erwartungen. Diese vollzieht sich dynamisch, das Recht prozediert. Es fügt sich zu einer endlosen Geschichte der unaufhörlichen Produktion seiner Elemente. Solange diese als permanente Reproduktion seiner selbst aufrechterhalten werden kann, funktioniert das System autopoietisch. Es produziert und erhält sich als dynamisches System selbst und findet darin seine Autonomie. So lässt sich Luhmanns tautologische Formel verstehen: ‚Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt' (Niklas Luhmann, a.a.O. S. 143 ff).

Das Exempel Familienbürgschaft

Man hat es nicht leicht, Exempel aufzufinden, bei denen die besondere Qualität der Systemtheorie des Rechts nicht nur als Gesellschaftstheorie, sondern auch als Aussagenkomplex zu praxis- und studienrelevantem Themen deutlich wird. Am besten eignet sich der Aufsatz von Teubner „Ein Fall von struktureller Korruption? – Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken *(Bundesverfassungsgerichtentscheidung 89, 214 ff.)", (Gunther Teubner KritV*

2000, S. 388). In diesem Text ist zwar über weite Strecken von den Systemen Ökonomie und Familie die Rede, aber es geht doch schließlich um die spezifische Art und Weise, wie das Rechtssystem im Verhältnis zu anderen Systemen zu sehen ist.
Nur kurz zur Entscheidung des Bundesverfassungsgericht: In den 80iger Jahren wurde verstärkt wahrgenommen, dass in der Praxis der Banken bei Kreditvergaben an Privatleute Bürgschaften und selbstschuldnerische Mithaftungen stattfanden. Diese Sicherungsform wurde vor allem dann von den Angestellten der Banken iniziiert, wenn andere Sicherungen nicht zu erlangen waren, also mithin der Kredit sowieso „auf schwachen Füßen“ stand. Es kam in der Praxis zu einer beträchtlichen Zahl von Fällen, in denen Familienmitglieder – umgangssprachlich gesprochen – bürgten, obwohl sie im Ernstfall nicht die Chance hatten, aus ihrem nicht vorhandenen und geringen Einkommen auch nur die Tilgung des Kredits aufzubringen. Zu Gerichtsentscheidungen führten diese Situationen, wenn die Bürginnen oder Bürgen die Ansprüche von Grund auf abzuwehren versuchten, die sie nach bürgerlichen Maßstäben anderenfalls für ihr ganzes weiteres Leben ruinierten. Nachdem der Bundesgerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen strikt die Vertragsverbindlichkeit durchhielt und die Fallgruppe im Großen und Ganzen bei der Zahlungsverpflichtung der Bürginnen und Bürgen verblieb, war es das Bundesverfassungsgericht, dass durch Verfassungsrecht der Zivilrechtsprechung aufgab, im größeren Umfang das Freiheitsrecht der Bürginnen und Bürgen nach Art. 2 Grundgesetz zu wahren und ruinöse familieninterne Bürgschaften für von Anfang an für sittenwidrig zu erklären.

Die Kritik herkömmlicher juristischer Begründungsversuche

Auch in diesem Falle erweist sich die Systemtheorie als ein Anstoß, Begründungen in Rechtsprechung und Literatur beiseite zu räumen, die eigentlich immanenten Ansprüchen dogmatischer Rechtswissenschaft nicht genügen. Es ist durchaus typisch, wie Teubner als Zivilrechtler und systemtheoretisch ausgewiesener Rechtssoziologe die gängigen zu Dogmen erstarrten Begründungsstränge in Grund und Boden kritisiert.

40

Erstens geht es nicht um das außerordentlich hohe Risiko der Bürgschaft; das allein kann nicht begründen, dass Art. 2 Grundgesetz durch Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB durchgesetzt werden muss, weil die Behandlung von ökonomischen Risiken das durchgängige Thema des Zwangsvollstreckungsrechts und des Insolvenzrechts ist. Wenn man der Meinung ist, dass diese beiden Teilbereiche des Rechts Fehlkonstruktionen sind, dann müsste das jedenfalls familienunabhängig gelten. Der „moderne Schuldturm“, also die Erscheinung von Schulden, die lebenslang nicht abgezahlt werden können, ist als Problem völlig unabhängig vom Anlass der Schulden, also von Familienzugehörigkeit oder nichtehelicher Lebenspartnerschaft.
Zweitens erweisen sich Formulierungen wie „Kommerzialisierung von Liebe und Dankbarkeit“, wie sie in der Literatur zu finden sind, als viel zu unbestimmt. Auch die Vertreter der neuen bürgschaftsfeindlichen Rechtsprechung können nicht wünschen, dass in der Einzelfall bezogenen Analyse der Sittenwidrigkeit aufgearbeitet wird, ob Schuldner und Bürgin im Verhältnis der Liebe oder im Verhältnis der Dankbarkeit zueinander standen. Was konkret hat diese Eltern und dieses ihr Kind im Zeitraum vor der Bürgschaft miteinander verbunden. Wie bestimmen wir Außenstehenden die eheliche Liebe? Jeder Versuch der Konkretisierung macht sofort deutlich, mit was für merkwürdigen Vorurteilen in diesen Fallkonstellationen gearbeitet wird. Nicht deutlich ist allerdings, wie man besagte Liebe und Dankbarkeit durch Zeugen oder durch Urkunden im Zivilprozess beweisen sollte.
Die häufigste Formulierung bei der Nichtigkeitserklärung von Bürgschaften ist der Verweis auf einen familiären Druck und die daraus resultierende psychische Zwangslage. Nicht plausibel wird bei dieser Argumentation aber, warum es im Falle dieser psychischen Zwangslage so sein soll, dass die Privatautonomie zugleich Basis der Marktwirtschaft, außer Kraft gesetzt sind. Nur zum Vergleich: Wenn ein junger Mann total verliebt ist und gegen hohe Zinsen das Geld leiht für einen Autokauf, mit er der angebeteten imponieren will, dann mag das für ihn eine psychische Zwangslage sein. Der Gebrauchswert der gekauften Sache spielt in einer modernen Marktwirtschaft keine Rolle. Deshalb heißt es auch, ein Pferd beim Schwanze aufzuzäumen, wenn man mit der Rechtsprechung die Abwehr „ökonomisch irrrationalen Verhaltens“ versucht. Wer in Deutschland einen Geländewagen mit Eigenschaften kauft, die er hier auf deutschem Asphalt nie brauchen wird, der handelt nicht entsprechend der protestantischen Ethik, aber diese Kritik liegt in einer ganz anderen Dimension als in der Frage nach ökonomischer Irrationalität.
Ebenso wenig kann man mit dem Gesichtspunkt der Informationsasymmetrie sinnvoll argumentieren. Bei solchen Bürgschaften geht es um Geldsummen, die auch als Ziffern auf weißes Papier geschrieben werden, und um das Zahlungsrisiko des Hauptgläubigers. Es geht um ein seit Jahrhunderten bekanntes Geschäft, dass aus der Alltagssprache wohl vertraut ist. Die Banken haben keinen Informationsvorsprung. Der typische Konflikt ist immer so beschaffen, dass innerfamiliäre Probleme zu Trennungen und Scheidungen führen und die ökonomischen Einbrüche, die typischerweise mit dieser Phase einhergehen, den Kredit notleidend und die Bürgschaft fällig machen.

Auf dieses Risiko bezogen ist es sogar umgekehrt: Schuldner und Bürge haben einen Informationsvorsprung vor dem Kreditgeber!
Unter der Hand stellt man bei der Betrachtung der großen Fallzahl fest, dass offenbar auch das Lebensalter der Bürgenden eine Rolle spielt. Die Richter scheinen ein wenig dem Vorurteil deutscher Väter und Mütter anzuhängen, wonach der junge Volljährige doch noch ein „halbes Kind" ist. Das Volljährigkeitsalter wagt man aber nicht offen zur Disposition durch Richterrecht zu stellen. Einerseits würde das, wie Teubner richtig ausweist, Unsicherheit in eine große Zahl von anderen Marktgeschehnissen tragen. Man kann andererseits hinzufügen, dass der Gedanke gerade für eine dramatische Kerngruppe nicht das Ergebnis bringt, dass sich die Gegner von Familienbürgschaften wünschen. Wenn junge Erwachsene als Kinder für ihre Eltern bürgen, dann versagt gerade der Schutz, den die „halben Kinder" als Kinder durch ihre Eltern haben sollen. Das Versagen der Eltern aber wird in der Rechtsprechung zu Recht nicht thematisiert, denn dieser Gesichtspunkt trägt die Fallgruppe genauso wenig wie alle zu vor diskutierten.

Die systemtheoretische Analyse

Auf dieser Basis präsentiert Teubner seine Analyse:
„Familienbürgschaften sind ... ein Fall von struktureller Korruption im Verhältnis von Wirtschaft und Familie ... In Familienbürgschaften werden Normen, die der innerfamiliären Solidarität wirksam Grenzen ziehen, von Normen ökonomisch rationalen Handelns sabotiert und letztlich außer Kraft gesetzt. Die Notwendigkeit, einen Kredit für ein wirtschaftliches Projekt zu erlangen, setzt sich gegenüber dem Gebot, familiäre Solidarität dann zu begrenzen, wenn sie für den solidarischen Partner existenzbedrohend wirkt, durch". (Teubner a.a.O. S. 392)
41
Das überzeugt, denn in der Tat sind die beiden „Handlungslogiken" in Familie und Wirtschaft verschieden. In der Familie gibt es ein Geben und Nehmen, aber ohne genaue Aufrechnung, und mit einer schwierigen immanenten Begrenzung; kein Familienmitglied darf immer nur nehmen und weiter nehmen und weiter nehmen und weiter nehmen. Was in einer Familie möglich ist, ist nicht vorher in Regeln festgelegt, aber das bedeutet nicht, dass Grenzenlosigkeit herrschte. In der Ökonomie geht es zum Teil um den Konsum, der – wie das Beispiel der Geländewagen in Deutschland plastisch zeigt – prinzipiell beliebig steigerbar ist. Wichtiger ist für unser Beispiel aber, dass es vor allem um das unternehmerische Handeln geht, bei dem Risiken durch Versuch und Irrtum ausgelotet werden und die Größe des Projektes gegebenenfalls beliebig große Mitteleinsätze bedingt. Für den Angestellten der Bank ist der Kredit um so besser, je größer und je langfristiger er ist; der Gewinn des Kreditgebers und die Provision des Kreditvermittlers sind im Prinzip unbegrenzt. Die Rechtsprechung, nach der Bürgschaften unwirksam sind, bewahrt die Familie davor, dass das ökonomische Prinzip grenzenlosen Wachstums die Ausgewogenheit innerfamiliärer Solidarität korrumpiert. Die Familie wird vor der „Systemlogik" *(Teubner a.a.O. S. 399)* der Ökonomie bewahrt.
Eine Zwischenbemerkung zur Theoriediskussion ist angezeigt. Es fällt in Teubners Text auf, dass das Wort „System" in der Analyse eines Problems juristischer Praxis sehr selten verwendet wird. In der Tat wäre es durchaus noch schwierig, näher zu beschreiben, was z. B. der Begriff der Autopoiese bezogen auf ein „System Familie" bedeutet. Es kann ja nicht die Einzelfamilie gemeint sein. Verwirrung stiftet auch, dass Psychologen und Psychotherapeuten von systemischen Eigenschaften und systemischer Therapie in der Familie sprechen, wo es gerade nicht um Systemtheorie im Sinne Luhmanns geht.
In Teubners Analyse fragt sich nun, wie das Nebeneinander von Ökonomie und Familie mit dem Rechtssystem zusammenstößt. Überzeugend ist gezeigt worden, dass „Werte" wie Freiheit oder „Fakten" die vorhandene oder nicht vorhandene Information die Entscheidungen der Richter nicht in der Weise vorstrukturieren können, die der Richter als Leser und Anwender des Gesetzes und als Autor plausibler Argumentationen in Urteilbegründungstexten behauptet. Die Eigenschaften und die Kontinuität von System werden in Theorie-Arbeit bestimmt und haben nichts zu tun mit dem Selbstverständnis der handelnden Personen. So interpretiert Teubner den jetzt bestehenden Rechtszustand einer weitgehenden Unverbindlichkeit von familieninternen Bürgschaften auf der Basis der Frage, ob Recht das System der Familie durch jeweilige einzelne Rekonstruktionen der innerfamiliären Beziehungen schützen kann. Seine Antwort und seine Konsequenz darauf sind überzeugend: Rechtlich kann man mit den immer neuen internen Solidarisierungen und Entsolidarisierungen in dem Zusammenleben von Ehepartnern, nichtehelich verbundenen Partnern, Eltern und Kindern etc. nicht in den Formen umgehen, die der Zivilprozess vorgibt. Wenn das System Recht sich beschreiben lässt als Generalisierung von Verhaltenserwartungen, dann kann Recht nicht die Individualität des Falles sei es nach familiären, sei es nach ökonomischen Prinzipien entscheiden.
„Jede Intimbeziehung sucht und findet ihre eigene Opfergrenze. Die konkrete Grenze der Opferbereitschaft festzulegen ... hängt so sehr von den individuellen Verhältnissen der jeweiligen Einzelbeziehung ab, dass sich jede ... Verallgemeinerung empirisch vorgefundene

Erwartungen im Namen des Rechts verbietet." (Teuner a.a.O S. 393)
Wenn der Richter in familiäre Geschehnisse intervenieren will, dann muss er dies als Teil des Rechtssystems nach dessen Prinzipien tun. Konsequenz ist, dass das Rechtssystem nur systematische Zuweisungen verwalten kann. So, wie vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Recht die Ökonomie im Bereich der Kreditvergaben inklusive Bürgschaften gewähren ließ, so kann als Alternative nur die generalisierte Verhaltenserwartung durchgesetzt werden, wonach familieninterne Bürgschaften unwirksam sind. Es verbleibt die Aufgabe, die unterschiedlichen Handlungslogiken der Systeme Familie und Ökonomie zu beschreiben, um die Fallgruppe (!) einzugrenzen, in der die Nichtanwendung ökonomischer Handlungslogik angezeigt ist. Hier sind Verständigungen nötig, die aber das Rechtssystem nicht überfordern darf. Es muss nur festgelegt werden, was als Familienbeziehung ernst genommen wird und welche Bürgschaften sich als „ruinös" erweisen. Die Verwaltung beider Kriterien fällt in der Tat in Deutschland nicht besonders schwer, weil das Rechtssystem typischerweise nur mit Rechtsfällen beschäftigt wird, in denen beide Kriterien erfüllt sind:

Andere Exempel

Bedeutung hat der Fall der Familienbürgschaft gerade dadurch, dass es auch parallele Beispiele gibt. Teubner nennt einige, von denen hier die Regelung der richterlichen Befangenheit herausgegriffen sei. In der Tat stoßen hier die Systeme Familie und Recht aufeinander. Der Richter hat in langer

42

professioneller Ausbildung eingeübt, personenunabhängige Dogmatik zu treiben. Trotzdem soll der blosse denkbare Verdacht des Bürgers genügen, um ihn als gesetzlichen Richter ungeeignet zu machen und durch einen anderen Richter zu ersetzen. Auf beiden Seiten werden die psychologischen Realitäten so „realitätsfern" beschrieben, dass sie im Rechtssystem verwaltet werden können. Ob der Richter etwa bei Prozessführung, an der seine Ehefrau oder seine Kinder auf der einen Seite stehen, diese in Wahrheit mit aller Kaltherzigkeit und Kaltschnäuzigkeit behandeln wird, tut nichts zur Sache, da es auf die Handlungslogik des Systems Familie und nicht auf die Individualstrukturen ankommt. Das Rechtssystem seinerseits muss Verhaltenserwartungen stabilisieren, und das kann es nur in dieser Form.

43

Kap. 7

Richter als Personal der Justiz

Eine Vorfrage: „Richter" oder „Richter und Richterinnen" oder „RichterInnen"?

Ein wissenschaftlicher Text muss seinen Gegenstand richtig bezeichnen und deshalb gehört an den Anfang eines Abschnitts über das Personal die Überlegung, ob man die Tatsache zum Ausdruck bringen muss, dass jenes Personal aus Männer und Frauen besteht. Weiterhin muss die Terminologie, wenn man die Geschlechtersituation zum Ausdruck bringen will, dies angemessen tun. Die Konsequenzen aus diesen Überlegungen sind schwierig zu ziehen. Bei Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen kann man die Oberkategorie Arbeitspersonen wählen. Das sollte sich durchsetzen. Bei Studentinnen und Studenten kann man auf das Partizip Studierende zurückgehen. Ein vergleichbares sprachlich einigermaßen akzeptables Konstrukt steht für Richter und Richterinnen bisher nicht zur Verfügung. Auf die Frage nach dem Beruf antwortet der Richter: „Ich bin Richter", nicht „Ich richte". Deshalb zum Beispiel steht das als Oberbegriff für Richter und Richterinnen das Partizip „Richtende" nicht zur Verfügung. Wollte man es trotzdem verwenden und einführen, so müsste man auf lange Zeit mit Missverständnissen rechnen. Richtende klingt in den Ohren, mit denen wir hören, stärker nach jüngstem Gericht oder nach Volksgerichtshof. Für einen Text, der wie der vorliegende, auch tiefer in die Vergangenheit zurückgreift, ist eine durchgängige Verwendung von Doppelformeln „Richterinnen und Richter" oder „Richter/-innen" oder „RichterInnen" falsch. Eine solche Doppelformel verbirgt nämlich die frühere. Für die Gegenwart verbirgt die Doppelformel die Männerdominanz; je höher die Instanz und je besser die Besoldung, desto mehr Prozent der Richterschaft sind männlich. Wird hier nicht durch „Richterinnen und Richter" schönfärberisch eine egalitäre Situation vorgespiegelt, die empirisch unwahr ist? Umgekehrt verhält es sich mit „RichterInnen"; droht hier nicht ein Verständnis des großen I als Kampfformel des Feminismus?
Aus dem allen kann man nur die Lehre ziehen: Die menschliche Sprache bildet die menschliche Lebenswelt ab, und wo die Lebenswelt widersprüchlich, intransparent etc. ist, da kann man in kurzen Texten nicht schnelle Wahrheiten und Klarheiten schaffen. In langen Texten kann man als Autor den Leser von der eigenen Sicht der Dinge überzeugen wollen und die mit der Einführung einer entsprechenden Terminologie verbinden.
Daraus folgt für den vorliegenden Text wiederum eine Konsequenz: Gerade weil ein beträchtlicher Teil der Aussagen nicht zwischen Männern und Frauen unterscheidet oder aus institutionellen Gründen sowieso nur von Männern sprechen kann, wird im Zweifel von Richtern oder Richterschaft gesprochen. Richterschaft transportiert auch eine Nachricht, die man sich bewusst machen muss. Das

Wort unterstellt (anders als „Studierende“), dass die Richterschaft als eine Einheit zu sehen ist und dass man ihr Eigenschaften, Meinungen, Verhaltensweisen zuschreiben kann. Die Angehörigen einer Minderheit der Richter, die sich selbst als progressiv definiert, werden bei diesem Terminus womöglich sensibel reagieren und berechtigten Einspruch erheben. Trotzdem scheint es besten, im folgenden Abschnitt, in dem es auf die Männer-Frauen-Differenz noch nicht ankommt, von Richtern und Richterschaft zu sprechen und mit beiden Termini jeweils alle Angehörigen des richterlichen Berufsstands zu meinen.

Das juristische Bezugsproblem Klassenjustiz und Befangenheit

Klassenjustiz ist in der Bundesrepublik Deutschland von Richtern, anderen Juristen und Politikern als Schimpfwort verstanden worden. Das hat mit sich gebracht, dass man emotional abwehrend reagierte und bis in die Gegenwart reagiert. Eine Forderung der Rationalität ist es hingegen, die juristischen Bezugspunkte klar zu bestimmen, im Hinblick auf die Wahrheit oder Unwahrheit oder Differenzierungen des Vorwurfs Klassenjustiz untersucht werden müssen. Dem nicht genau bestimmten rechtssoziologischen Begriff Klassenjustiz korrespondieren nun einige normative Grundsprobleme jeder Rechtsordnung, nicht nur ein Grundproblem allein.

Befangenheit.Befangenheit ist ein altes und durchgängiges Thema der Justiz. Unbefangenheit wird vom Richter in allen Prozessordnungen der zivilisierten Welt verlangt. Der gesetzliche Richter ist der unbefangene Richter. In irgendwelchen früheren Zeiten, die in Gestalt von Dorfrichtern durch die Literatur agieren, mag auch die Korruption ein Thema sein. Für die Gegenwart jedenfalls ist völlig klar, dass die unbewusste Abweichung eine Gefahr darstellt. Zum Teil ist sie in einer Fülle von Paragraphen für klar konsensfähige Entscheidungssituationen abgearbeitet (Richter in eigener Sache, Richter in Sache naher Familienangehöriger etc.). Der Vorwurf der Klassenjustiz negiert

44

Unbefangenheit der Richterschaft und bestreitet die Legitimität des institutionellen Handelns nach den eigenen Maßstäben der Institution.

Gewaltenteilung. Nach dem am stärksten verbreiteten Verständnis der Gewaltenteilung, die die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland bestimmt, gilt jedenfalls: Recht und Politik sind verschieden, und Regierung und gesetzgebende Gewalt machen Politik mit offenem Entscheidungshorizont für frei aufgegriffene Probleme, und die Justiz hat ihre Aufgabe der Rechtsprechung und politisch im Rahmen vorgegebener Kompetenzen nach vorgegebenen Regeln wahrzunehmen. Der Vorwurf der Klassenjustiz behauptet, dass diese Rechtstaatlichkeit so nicht verwirklicht wird. Dementsprechend darf nicht verwundern, wenn die staatstragenden Kräfte eines demokratischen Rechtsstaates auf einschlägige Aussagen sensibel reagieren.

Weniger im Blickpunkt stehen zwei andere interne Anforderungen, im Hinblick auf das Personal der Justiz untersucht werden kann. Der Richter muss angemessene Urteile fällen, nicht zu hart, aber auch nicht zu weich. Diese alte Anforderung erscheint nur auf den ersten Blick unproblematisch. Dass man allen Anlass hat, sich stärker um sie zu kümmern, sei kurz an einem kleinen Beispiel klargemacht.

In Hamburg agierte in den 90iger Jahren ein Richter, der in der Tagespresse den Beinamen „Richter Gnadenlos“ bekam. Was wird über einen Richter ausgesagt, der gnadenlos richtet? Eigentlich nur, dass er seine Funktion wahrnimmt. Gnade zu üben war in der Tradition der europäischen Monarchien und Fürstenstaaten das Vorrecht des Fürsten von Gottes Gnaden. Die Gnade nahm teil an der Stufung von Gottvater-Landesvater-Familienvater. In diese Tradition ist die Bundesrepublik Deutschland eingetreten und hat das Gnadenrecht demjenigen demokratischen Amt zugeschrieben, das am stärksten noch in der Tradition der Monarchie steht, nämlich dem Bundespräsidenten. Die Kollegen des „Richters Gnadenlos“ wollten auch nicht Gnade üben, sondern z. B. Gesichtspunkte der Resozialisierung stärker in Urteile einbringen.

Hier ist also eine Verwirrung zu konstatieren, aber jedenfalls bleibt die Forderung nach präziser Angemessenheit von Urteilen als Mittelding zwischen zu hart und zu weich.

Willkür. Ähnlich schwierig ist der Vorwurf der Willkür. Willkür kann verstanden werden als die Übersteigerung des eigenen Machtbewusstseins bis zur bedenkenlosen Urteilsfindung. In dieser Fassung spielt der Willkürvorwurf gegenüber der Justiz in der derzeitigen bundesrepublikanischen Gesellschaft keine große Rolle. Die Bedenkenlosigkeit verstanden als ein Nicht-Nachdenken kann in einer stressgeplagten Umwelt viel häufiger vorkommen. Auch aus der Richterschaft sind häufig Klagen zu hören, man komme nicht mehr zum angemessenen Nachdenken über den einzelnen Fall. Nimmt man das als Gefahr oder Realität ernst, dann stellt sich allerdings ein Anschlussproblem: Nach einer allgemeinen menschlichen Erfahrung denkt jeder bei sich und seinesgleichen denn doch noch ein wenig mehr nach als bei den Problemen Fernstehender. In dieser Fassung ist die Frage nach Willkür auch bezogen auf die derzeitige bundesrepublikanische Justiz interessant. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt Urteile anderer Gerichte deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil sie nicht erkennen ließen, dass der Richter sich in Wahrnehmung seiner richterlichen

Aufgabe mit den Problemen der betroffenen Bürger beschäftigt hatte.
Klassenjustiz als Verknüpfungspunkt rechtswissenschaftlicher und soziologischer Forschung.
Soziologische Forschung könnte die Richterschaft unter vielerlei Gesichtspunkte untersuchen. Wie steht sie im Spektrum arm/reich, wie verhalten sich in ihr Männer/Frauen. In welchen Eigenschaften und Verhaltensweisen wird das Spektrum Experten/Laien realisiert? Wie verhält sich auf solche Überlegungen das Spektrum der niedrig besoldeten Richter und Berufsanfänger zu den hoch besoldeten Richtern der oberen Instanzen? Unter dem Blickwinkel heutiger Arbeitsmarktverhältnisse und –anforderungen wäre allerdings auch die Frage interessant, welche Besonderheiten bei einer Berufsgruppe festzustellen ist, die im Vergleich zu allen anderen Berufsgruppen bemerkenswerte Ausprägungen aufweist: Hohe Einstiegsgehälter kombiniert mit kurzen Karrieren, sehr geringe Mobilität in räumlicher Hinsicht, sehr wenige Aussteiger aus dem Beruf, sehr wenige Wechsler aus anderen Berufsgruppen jenseits eines Lebensalters von 32 Jahren etc.
Die deutsche Geschichte des Kaiserreiches der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland zwingen dazu, die Diskussion nicht entlang solcher Beobachtungen, sondern in stetiger Auseinandersetzung um Klassenjustiz zu führen. Notwendig ist es aber dazu von Anfang an der Emotionalisierung durch sorgfältige Differenzierungen und begriffliche Klarheit zu entgehen.
Die oben genannten verschiedenen juristischen Bezugspunkte zeigen also, dass der Begriff Klassenjustiz als Bezeichnung einer gesellschaftlichen Erscheinung mindestens vier verschiedene Problemaspekte hat.
45
Es müssen Differenzierungen müssen gefordert werden, weil die klassischen alten Texte zur Klassenjustiz sie nicht enthalten. Das kann man anhand eines Liebknecht-Textes von 1910 sehen, der als Klassiker zitiert wird:
„Wenn wir sehen, woher unser Richterstand sich rekrutiert, so genügt das bereits, um zu kennzeichnen, aus welchem Milieu, aus welchen Auffassungen heraus unsere Richter der Regel nach urteilen werden. Es sind naturgemäß nur die besitzenden Klassen, die für den Richterstand in Frage kommen, schon wegen der teuren Kosten der Ausbildung, wegen der verhältnismäßig niedrigen Gehältern in den unteren Stufen, die das Bedürfnis standesgemäßen Lebens, das dennoch besteht, allein nicht befriedigen können“. (Karl Liebknecht, Gesammelte Reden und Schriften, Band 3, Berlin (DDR) 1960, Seite 26 ff. zitiert nach Hubert Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 103).
Dieses Zitat wäre nicht erwähnenswert, wenn in den nächsten sieben Jahrzehnten mehr an Klarheit über den Begriff Klassenjustiz geschaffen worden wäre. Zur Ehre von Liebknecht muss gesagt werden, dass wohl die Menschen seinerzeit eine reiche Anschauung hatten, was es bedeutete, „aus den Anschauungen heraus“ zu urteilen.
Bedeutungen von „Klassenjustiz“
An den Anfang gehört die Bedeutung, die an den Klassenbegriff der marxistischen Tradition anschließt. Klasse ist definiert durch die Stellung der entsprechenden Menschengruppen im Bezug auf die Produktionsmittel. Klasse sind die Sklavenhalter oder die Feudalherren oder diejenigen Eigentümer von Fabriken, Bergwerken, Maschinen etc., die kraft dieses Eigentums in der Lage sind, Herrschaft auszuüben und diejenigen niederzuhalten, die die Arbeit in Fabriken und Bergwerken tun. Sieht man Klassenjustiz so, dann muss man wohl zum Auffinden ihrer Realisierung in der Geschichte bis zu den Patrimonialgerichten der Gutsherren zurückgehen. In den letzten fünzehn Jahrzehnten, die sich in besonderer Weise noch im Bewusstsein der Deutschen von ihrer Geschichte abbilden, waren die Richter zu keinem Zeitpunkt in der gesellschaftlichen Spitzengruppe, die über Produktionsmittel verfügte. Wer Fabriken und Bergwerke hatte, der hatte doch im wilhelminischen Kaiserreich nicht nötig, das mühsame und finanziell beengte Richteramt auszuüben. In der Zwischenzeit ist der Zusammenhang von der Verfügung über Produktionsmittel und der Besoldung nach R 1, R 2, R 3 nur immer schwächer geworden. Die lange schlecht bezahlter Phase in der Karriere eines preußischen Richters im Wilhelminischen Deutschland sorgte seinerzeit dafür, dass der Richterberuf nicht durchlässig war für Angehörige der unteren und mittleren Volksschicht; mit dem Wegfall dieser Behinderung war – grob gesprochen – eine Normalisierung des Richterberufes als gehobener Bürokrat verbunden.
Auf diesen bezogen kann man vier Stoßrichtungen der Forschung ausmachen, die nicht alle zugleich mit dem Ende des Marxismus aus der Geschichte zu streichen sind.
Erstens kann Klassenjustiz bedeuten, dass der Richter im Konfliktfall befangen zu Gunsten der Reichen gegen die Armen judiziert, weil er sich durch seine vergleichsweise hohe Besoldung der Gruppe der Reichen zugehörig fühlt.
Zweitens kann man der Vermutung nachgehen, dass der Richter durch Herkommen, Ausbildung und Einkommen der Mehrheit der Bevölkerung entfremdet wird und über deren Probleme verständnislos judiziert; das kann im Einzelfall für die Betroffenen günstig sein, aber in der Mehrheit der Fälle

provoziert das die Anschlussvermutungen, der Richter werde in seiner Verständnislosigkeit auch sinnlose Verletzungen zufügen.
Drittens ist die alte Frage nicht aus der Welt zu schaffen: Wird zu hart geurteilt? Sie betrifft nicht nur das Strafrecht, sondern z. B. auch das Unterhaltsrecht. Sehr viele geschiedene Männer, die finanziellen Unterhalt für ihre Kinder und ihre Frau zu leisten haben, jammern darüber, dass ihnen selbst nicht genug für ein einigermaßen auskömmliches, ihrer Arbeit entsprechendes Leben verbleibe. Dieses Schicksal wird wohl in den Zeiten von Hartz-IV und in der zunehmenden Beanspruchung der mittleren Generation für die Kosten der Pflege der alten Generation eher noch stärkere Diskussionen auslösen.
Viertens ist man auch der Frage nach der militanten staatstragenden Funktion der Justiz nicht enthoben. Man wird sich zwar insofern vorsehen müssen davor, den Kampf der politischen Mehrheiten gegen die politischen Minderheiten immer gleich für Klassenjustiz zu halten. Wenn der Begriff Klassenjustiz nicht völlig denaturiert werden soll, dann muss er mit Klassen oder Schichten zu tun haben. Sieht man z. B. die harte Verfolgung der Angehörigen von KPD und KPDNachfolgeorganisationen
in der Zeit nach dem KPD-Verbot von 1957 als eigenständigen Beitrag der

Justiz im kalten Kriege an *(vgl. zum politischen Strafrecht dieser Epoche Rudolf Wiethölter, unter Mitarbeit von Rudolf Bernhardt und Erhard Denninger, Rechtswissenschaft, Funkkolleg, Frankfurt 1968, S. 109 ff)*, dann ist damit noch wenig über Schichtrelevanz gesagt. In der Diskussion über Klassenjustiz ist oft mit diesem Wort nur „Politische Justiz" gemeint, und über die inhaltlichen Fragen muss man diskutieren. Dies gilt besonders für die Bundesrepublik. Heute sollte man unbefangener fragen dürfen, wie die bundesdeutsche Justiz in der Adenauer-Ära ihre Rolle im Kampf gegen den Bolschewismus wahrgenommen hat. Die Anwendung von § 826 BGB auf den politischen Streik und das KPD-Verbot in den ersten beiden Jahrzehnten der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland gehören zusammen.

Klassenjustiz im Entwicklungsgang der deutschen Gesellschaft

Nach diesen Vorklärungen kann man einzelne Überlegungen und Forschungsergebnisse zur Klassenjustiz durchmustern. Dabei ist es eine praktische Notwendigkeit, historisch vorzugehen. Die eindrücklichen Beispiele liegen in der Zeit, zu der Liebknecht geredet hat und wer in welcher Abstufung später auch immer zu Klassenjustiz geschrieben oder sonst laut nachgedacht hat, stand im Verdacht, damit bereits die normative und empirische Aussage zu verbinden, seit dem Wilhelminismus habe sich nichts geändert.
Erstes Beispiel:
Als Grundlage für das Weitere mag ein Beispiel dienen, dass hier nach Ebel, *(Friedrich Ebel, Juristische Ausbildung 1986, S. 561)* zitiert wird. Das Reichsgericht hatte 1916 die Revision gegen ein Urteil des OLG Colmar zu entscheiden. Sachverhalt war:
Die Parteien haben am 12. April 1904 die Ehe geschlossen. Durch Urteil des Schwurgerichts M. vom 8. Oktober 1912 wurde der Beklagte wegen Straßenraubs zu einer Strafe von 6 Jahren, die er gegenwärtig verbüßt, verurteilt. Die Klägerin erhob wegen der bezeichneten Straftat im November 1912 Klage auf Scheidung aus Verschulden des Beklagten, welcher durch Urteil des Landgerichts stattgegeben wurde ... Das landgerichtliche Urteil wurde durch Urteil des OLG aufgehoben.
Die reichsgerichtliche Entscheidung referiert:
„Das OLG erkennt an, dass in der von dem Beklagten begangenen strafbaren Handlung des Straßenraubs ein Ehr- und unsittliches Verhalten zu erblicken sei, es nimmt aber abweichend von dem Landgericht an, dass hier durch die eheliche Gesinnung der Klägerin nichts zerstört worden sei. Diese Annahme wird einmal damit begründet, dass die Parteien einer Volksschicht angehörten, deren Bildung, Ehrbegriff und Sittlichkeitsgefühl so tief stehe, dass auch schwerere Verfehlungen, insbesondere Eigentumsvergehen, nicht als besonders ehrlos oder unsittlich gelten. Zu dieser Volksschicht sei der Beklagte als gewöhnlicher Ackerknecht und Schäfer zu rechnen".
Das OLG hat also entgegen dem landgerichtlichen Urteil durchgesetzt, dass die Frau festgehalten wurde in einer Ehe mit dem „Zuchthäusler", der selbst am Ende des Prozesses noch einsaß. Ihrem hartnäckigen Prozessieren bis hin zum höchsten Gericht des Reiches verdankte die Frau, dass die Scheidung möglich wurde. In dieser Zeit, in der sehr viele gewöhnliche Ackerknechte und Schäfer an der Front westlich von Colmar kämpften, judizierte das Reichsgericht:
„Ein ... allgemeines Urteil, dass in den gesellschaftlich tiefer stehenden Volksklassen das Ehrgefühl und Sittlichkeitsempfinden so wenig entwickelt sei, dass selbst das schwere Verbrechen des Straßenraubs nicht als der Ehe zerrüttende ehrlose oder unsittliche Handlung empfunden werde, entspricht nicht der Erfahrung und nicht dem Gesetz ... Es kommt hierfür

ganz auf das persönliche Empfinden des einzelnen an. Schon aus diesem Grunde muss die Aufhebung des Urteils erfolgen, ganz abgesehen davon, dass auch die Beurteilung von der Anschauung beeinflusst wird, die Parteien gehörten vermöge der Beschäftigung des Mannes als einfacher Ackerknecht und Hirt einer Volksschicht, die an Eigentumsvergehen, insbesondere an Straßenraub, keinen besondern Anstoß nähme".
In dem Urteil des OLG Colmar klingt ganz diffus das Thema arm/reich an. Ist die besondere Härte, die das Oberlandesgericht gegenüber der Frau übt, dem Umstand zu verdanken, dass sie mit ihrer Heirat die Lebensschuld auf sich geladen hat, nun mit in einer Schicht zu leben, die den Reichtum der Reichen durch Straßenraub bedroht und nicht achtet. Wenn das so wäre, dann wäre das Urteil des OLG Colmar ein Beispiel für die irrationalen Ängste der Reichen im Umgang mit den Armen, denn die Frage, ob die Ehe geschieden werden konnte oder nicht, verändert die weiteren Ausgangsbedingungen für mehr oder weniger Straßenraub im Elsass überhaupt nicht. Jedenfalls in
47
einer anderen Sichtweise ist das Urteil Klassenjustiz. Auch nach der Entlassung des Straßenräubers aus dem Zuchthaus hatte die Frau durch diese Ehe mit Sicherheit weitere Nachteile zu befürchten, und ihr Ehemann dürfte ihr durch die sechsjährige totale Abgeschiedenheit in einem damaligen Zuchthaus entfremdet worden sein. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts über Sittlichkeit der unteren Volksschichten hat also nicht nur den Charakter einer verbalen Injurie, sondern sie trifft diese Klägerin in ihrer Lebenssituation hart. Es ist ist die Verständnislosigkeit, die die Entscheidung des Oberlandesgerichts bedrückend macht. Die reale Lebenssituation der beteiligten Parteien kommt nicht vor, und das Urteil ist dadurch für die beteiligten Menschen schlimm.
Zweites Beispiel:
Es sei auch nach Ebel *(Friedrich Ebel, Jura 1986, S. 561)* zitiert. Das Reichsgericht beschäftigt sich mit folgendem Sachverhalt:
Die Kläger haben im Jahre 1885 von dem Beklagten ein Grundstück gekauft und aufgelassen erhalten, auf welchem, wie sich herausstellte, ein Erbpachtzins von jährlich 124,-- Mark ruhte. Das die Kläger behaupteten, von dieser Belastung hätten ihnen die Beklagten nichts gesagt und seien deshalb gewährleistungspflichtig, hatten die Beklagten im Prozess Zeugen dafür angeboten, dass die Kläger davon Kenntnis gehabt hätten. Das OLG Marienwerder in Ostpreußen hatte eine Vernehmung solcher Zeugen abgelehnt.
Das Reichsgericht referiert:
„Der Berufungsrichter motiviert die Ablehnung dieser Zeugenvernehmung mit der Ausführung: Eine Änderung des Resultats der Beweiswürdigung sei von der Abhörung fernerer Zeugen nicht zu erwarten, da es aus vielfachen früheren Zivil- und Strafprozessen gerichtskundig sei, dass es in der Carthauser Gegend üblich und leicht sei, für ein Geringes falsche Zeugen zur Widerlegung anderer Zeugen zu erlangen, so dass auf derartige Bezichtigungen niemals, vollends kein Gewicht zu legen sei, wenn sich, wie hier, Deutsche und Protestanten einerseits und Polen und Katholiken andererseits gegenüber ständen".
Aus der ferneren Begründung des Reichsgerichts wird deutlich, dass diese Aussage des mit der Region vertrauten Oberlandesgerichtsrats die
„niedere kaschubische Bevölkerung der Carthauser Gegend"
betrifft. Das Reichsgericht hat ziemlich emotionsarm geurteilt und moniert, dass der Oberlandesgerichtsrat in Marienwerder doch wohl nicht im Sinne der Logik eine All-Aussage machen konnte. In Leipzig war man der Meinung, dass es nicht sein könne, dass wirklich alle Kaschuben jederzeit zum Meineid gegen Geld bereit seien. Um den Hintergrund zu erschließen sollte man sich zuerst an den Beginn des Romans „Die Blechtrommel" von Günther Grass erinnern. Er spielt im alten Kaschubien, also einer gottverlassenen Landschaft zwischen dem hinteren Hinterpommern und dem vorderen Ostpreußen. Die Armut und die Zurückgebliebenheit standen in umgekehrter Proportion zu den sozialen Spannungen zwischen Deutschen, Polen, Kaschuben. Die Regierung durch die preußischen Beamten und die Polizei hatte einige Ähnlichkeit der Regierung Indiens durch englische Beamte. In diesem Oben-unten-Verhältnis war es für den Angehörigen der preußischen Bürokratie schlichtweg normal, keinem Kaschuben, Polen, Deutschen in Kaschubien auch nur irgendetwas zu glauben. Das Urteil in Marienwerder wird nach der Aktenlage gefällt, ob es nun gerecht ist oder nicht. Der schwache bürokratische Apparat hat keine Lust und nach eigenen Dafürhalten auch sicherlich keine Zeit, auf die Suche nach einem der wenigen glaubwürdigen Zeugen zu gehen. Hier wird eine Regierungsform sichtbar, in der die Justiz Teil eines Regierungsapparates ist. Die Idee des mündigen, demokratischen Bürgers, der selbst verantwortlich für demokratische Institutionen ist, hatte das Oberlandesgericht Marienwerder nicht erreicht. Man kann sich den Richter gut zusammen mit Kollegen in der Justizkantine vorstellen, wie er das Sprichwort sagt: „Alle in einen Sack stecken, und mit dem Knüppel feste draufhauen – man trifft immer den Richtigen!" So urteilt der städtische Bürokrat als Vertreter seiner politischen Kaste. An die juristische Öffentlichkeit kam ein solches Urteil allerdings

nur, weil auch in diesem Fall die Kläger die Hartnäckigkeit besassen, bis nach Leipzig zu prozessieren.

Klassenjustiz als bruchlose Justiztradition?

Entscheidend für die Schwierigkeit, unbefangen über die gesellschaftliche Relevanz des in Richterstellen beschäftigten Personals zu diskutieren, ist die Bruchlosigkeit der Justiztraditionen in den folgenden 100 Jahren geworden. Die Weimarer Republik hat die Richter des Kaiserreiches übernommen und es ist häufig Klage geführt worden, dass diese Richter unter vielfacher Überschreitung der gesetzlichen Vorgaben politisch gegen die Republik gekämpft haben *(vgl. Heinrich*

48

Hannover, Politische Justiz 1918 – 1933, Frankfurt 1966, passim). In den Selbstzeugnissen von Richtern, die für die breite Mehrheit der Richterschaft sprechen konnten hat Kübler *(Friedrich Kübler AcP 162, 1963, S. 106 ff.)* herausgearbeitet: „Der deutsche Richter war ... um so gesetzestreuer, je autoritärer der Deutsche Staat verfasst war: in dem Maße, in dem das Gemeinwesen sich demokratisierte, wurde dem Richter die Verbindlichkeit des Gesetzes problematisch. Nur ganz wenige Richter haben die Justiz verlassen, weil sie nach 1933 in keiner Weise mehr die Idee der Gerechtigkeit entsprach. Zu diesem Thema nur ein Hinweis. Der erste große Massenmord, nämlich die Tötung von 99 Menschen, die unter dem Stichwort „Röhm-Putsch“ in die Geschichte eingegangen ist, wurde anschließend durch Gesetz im Reichsgesetzblatt zur Staatsnotwehr erklärt *(dazu ausserordentlich lesenswert: Otto Gritschneder, „Der Führer hat Sie zum Tode verurteilt…“ – Hitlers „Röhm-Putsch“-Morde vor Gericht, München 1993).* Eine solche Konstruktion, die alle Maßstäbe der juristischen Dogmatik durcheinander wirbelt, belegt, dass es nicht die professionelle Ausrichtung auf das positive Recht war, die die Richter zu Dienern des nationalsozialistischen Staates hat werden lassen. Die anschließende Übernahme beträchtlicher Teile der nationalsozialistischen Justiz in die Justiz der Bundesrepublik Deutschland ist vielfach belegt. Es fehlt also ein historischer Einschnitt, an dem man fest machen könnte, dass die alten Vorwürfe gegen die Justiz gegenstandslos geworden sind. Mit dieser Gegebenheit muss jeder rechnen, der sich dem Thema der gesellschaftlichen Relevanz des Personals der Justiz neu stellen möchte.

Die erneute Diskussion um Klassenjustiz und ihr jetziger Stand

Die 60iger Jahre des 20. Jahrhunderts lassen sich durch einige Stichworte ins Gedächtnis rufen: Die Ulmer Prozesse, in denen Präsenz und Akzeptanz nationalsozialistischer Mörder in der aktuellen Gesellschaft offenbar wurde; die Notstandsgesetze, anhand derer Leistungsfähigkeit von Demokratie umstritten wurde; der Vietnam-Krieg, anhand dessen die moralische Integrität des Bildungsbürgertums in Frage gestellt wurde; die Unruhen an den Hochschulen, die sich gegen Irrrationalität der Ordinarienherrschaft wandte. In diese Zeit der Konfrontationen fallen neue Forschungen zum Sozialprofil der Richter und neue Interpretationen. Die einschlägige Primärliteratur ist bei Rehbinder *(Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, 3. Aufl., S. 176, Fußnote 7)* nachgewiesen *(vgl. ferner Walther Richter, zur soziologischen Struktur der Deutschen Richterschaft, Stuttgart 1968, S. 3, Fußnote 6).* Für die Diskussion des Ansatzes und seiner Leistungsfähigkeit eignet sich besonders die Datenerhebung und Präsentation in der genannten Schrift von Richter. Dieser hatte für die Arbeit, die von den seinerzeit hoch angesehenen Professoren Schelsky und Tenbruck unterstützte Arbeit von den Präsenten vom Oberlandesgericht Daten aus dem Personalbogen der Richter zur Verfügung gestellt bekommen, nämlich:

Geburtsjahr, Geburtsort, Geschlecht (allerdings nicht immer angegeben),
Familienstand (ledig oder verheiratet),
Beruf des Vaters, Beruf des Schwiegervaters,
Berufstätigkeit des Ehegatten, Beruf des Ehegatten,
Jahr des Referendarexamens,
Jahr der Assessorprüfung und Einstellung in den Justizdienst,
evtl. Jahr der Ernennung zum Richter auf Lebenszeit,
Zeit der Kriegsteilnahme und der Gefangenschaft,
Militärischer Dienstgrad.

Diese Datenbasis erlaubte Vergleiche zu einer wenige Jahre zurückliegenden, ähnlich strukturierten Untersuchung. Die stärkste Beachtung hat die Bestimmung der Herkommensschicht der einzelnen Richter gefunden. Diese basiert auf einer Veröffentlichung von 1958 und umfasst vier Gruppen.

1. Obere Mittelschicht: Freie Berufe, Beamte des höheren Dienstes, selbständige Geschäftsleute mit größerem Betrieb, leitende Angestellte, Beamte des gehobenen Dienstes;
2. Untere Mittelschicht: Beamte des mittleren und einfachen Dienstes, selbständige Gewerbetreibende und Handwerker, mittlere und einfache Angestellte, selbständige und mithelfende Familienangehörige in Land- und Fortwirtschaft;
3. Obere Unterschicht: Gelernte Arbeiter, Facharbeiter, abhängige Handwerker;
4. Untere Unterschicht: Angelernte und ungelernte Arbeiter in Fabriken und Werkstätten,

angelernte und ungelernte Arbeiter in persönlichen Diensten, abhängige Beschäftigte in Landund Fortwirtschaft (Walther Richter a.a.O. S. 11).-
Die Schwierigkeit, die der Autor speziell mit der interessanten Gruppe der Beamten des gehobenen Dienstes hat, hat er präzis ausgewiesen.

49

Man kann nun in einer solchen Entfaltung von Untersuchungskategorien eine lange Liste von Problemen aufmachen. Wo bleiben in den Kategorien die nach oben herausragenden einzelnen Vätern von Juristen, wo bleiben die nach unten herausragenden, also Juristen, denen ihr Vater unbekannt geblieben ist oder deren Vater Stadtstreicher oder Geisteskranker in einer geschlossenen Anstalt war. Eine andere Frage: Wie entgeht man der Gefahr, auf geschönte Daten hereinzufallen, weil die Bewerber um Richterämter im Zweifel den Beruf ihres Vaters eher mit wohlklingenden Worten angegeben haben? Wie sollte der um Objektivität bemühte Datenlieferant seinerseits zuverlässig wissen, ob sein Vater im Sinne der Untersuchung „leitender Angestellter“ oder „mittlerer Angestellter“ war? Gegen alle Einwände dieses Typs kann man sich immer nur auf das sog. „Gesetz der großen Zahl“ berufen *(Walther Richter a.a.O. S. 12).* Diese Berufung ist aber zureichend, weil es keine Belege für starke strukturelle Verzerrungen gibt. Auf dieser Datenbasis kommt man z. B. zu der Aussage, dass „die obere Mittelschicht, die nach Jannowitz 4,6 % der Bevölkerung ausmacht, 62,7 % der Richter stellt, d. h. mehr als vierzehn mal so viel, als dem Anteil dieser Schicht an der gesamten Bevölkerung entspricht“ *(Walther Richter a.a.O. S. 13).* Vielleicht würde die Aussage graduell richtiger, wenn man formulierte: Dass die obere Mittelschicht ungefähr 5 % der Bevölkerung ausmacht, und dass sie ungefähr 60 % der Richter stellt. Die Aussage bleibt.
Zusammenfassend kann man sagen, dass der ganz überwiegende Teil der einschlägigen Forschungen dem Standard sozialwissenschaftlicher Methodenlehre genügt.

Unterschiede zwischen Richterschaft und der übrigen Bevölkerung

Die Forschungen der 60iger und 70iger ergaben dabei, dass die Richterschaft überproportional aus der oberen Mittelschicht stammt, aus geordneten Familien, das die überproportional geordnete Familienverhältnisse zur Zeit der Ausübung ihres Berufes hat, dass sie eher aus städtischen und kleinstädtischen Milieu stammt, dass die Orientierung auf Besitz und Bildung stammt. Die Richter genauso wie bis heute die Richterinnen stammen nicht aus der Mitte des Volkes und ihre Lebensformen sind nicht die Lebensformen der breiten Bevölkerungsschicht. Es lohnt hier nicht, die veralteten Daten zu referieren, weil man bei ihrer Fortschreibung bis in die Gegenwart des Jahres 2005 doch auf Recht weiträumige Schätzungen angewiesen wäre. Aber es wären Schätzungen, nicht nur Vermutungen.
Diese Schätzungen wären gefährlich in dem Sinne, dass sie sehr stark Missverständnissen ausgesetzt sein können. Diese Missverständnisse, nämlich die Emotionalität in der Abwehr des Vorwurfs der Klassenjustiz, sind selber ein bemerkenswertes Phänomen. Deshalb sei ein typisches Verhältnis von Aussage und Kommentar zu diesem Thema dokumentiert. In einem klassischen Text hat Ralf Dahrendorf 1960 gesagt:
„Doch fällt auf, dass selbst bei gleichen Rekrutierungsmustern die Distanz zu Unterschichten nicht bei allen funktionalen Eliten gleich ausgeprägt ist oder gleich folgenschwer ist: Der Unternehmer, der Arzt, in geringerem Maße auch der Lehrer, kennt Menschen aus allen Schichten mit ihren Stärken und Schwächen, auch wenn er selbst aus der Oberschicht stammt. Mag auch für sie die Gesellschaft halbiert sein, so bleibt sie doch in allen ihren Teilen eine Realität. Bei den Richtern gilt dasselbe vielfach nur im Hinblick auf die straffällig gewordenen Mitglieder der Unterschicht. Wenn es auch übertrieben wäre, aus diesen Annahmen auf eine ‚Klassenjustiz' im Sinne einer Rechtsprechung aus dem Interesse der herrschenden Klasse zu schließen, so drängt sich doch die Vermutung auf, dass in unseren Gerichten die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekannte andere Hälfte zu Urteilen befugt ist“ (Ralf Dahrendorf, Gesellschaft und Freiheit, zur soziologischen Analyse der Gegenwart, München 1961, Nachdruck von Hamburger Jahrbuch für Wirtschaft- und Gesellschaftspolitik 5, 1960; im erstgenannten Titel S. 195).
Bei Rehbinder wird diese Stelle referiert:
„Auf der Grundlage sozialstatistischer Erhebungen ... formulierte damals Ralf Dahrendorf den Vorwurf der Klassenjustiz erneut ...“ (Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl. S. 176).
Hier wird die Aussage Dahrendorfs so vergröbert, dass der Leser die Lust zu genauerem Nachdenken verliert.
Von den Folgeforschungen liest man bei Rehbinder im Anschluss, dass *„Kaupen und Rasehorn oft weniger auf Erkenntnis aus waren als auf die Diffamierung“ (Manfred Rehbinder, a.a.O.).* Auch diese Stelle lässt sich als ein Beispiel für eine Immunisierungsstrategie interpretieren. Um den Vorwurf der Klassenjustiz braucht man sich nämlich nicht zu bekümmern, weil diejenigen, die ihn erhoben, von bösen Absichten getrieben wurden.

50

Die aktuelle Diskussion: Nicht Klasse oder Schicht, sondern Profession steuert?

Wer die klassische These von der Klassenjustiz vertreten will, müsste eine Schlusskette verfolgen, die bei den Urteilen endet, und deren vorausgehende Glieder zurückreichen bis z. B. zur Herkunft der einzelnen Mitglieder der Richterschaft. In jedem einzelnen Glied der Kausalkette gibt es nun keine 100%igen Zuordnungen und es gibt beträchtliche Interpretationsspielräume. Gerade das sollte Anlass zu genauerer Forschung sein.

Wie leicht man selbst bei einer scheinbar unbefangenen Darstellung zu bedenkenswerten Interpretationen kommt, sei an einem Exempel vorgeführt. Bei Richter liest man: Es „zeigt sich, dass keine Richterin aus einer Unterschicht stammt, dass dagegen der Anteil der oberen Mittelschicht um 50 % höher liegt als bei den männlichen Richtern, d. h. für die Frau aus den Unterschichten hat der richterliche Beruf kaum Anziehungskraft. Frauen, die studieren und aus den Unterschichten stammen, werden sich mit Vorliebe anderen akademischen Berufen zuwenden“ (Walther Richter a.a.O, S. 13). Die Aussage ist zwar sehr alt, aber sie dürfte noch heute zum Teil richtig sein: Richterinnen stammen selten aus der Unterschicht; damit steht im Einklang die verbreitete Annahme, dass Aufsteigerinnen aus der Unterschicht eher Berufe wie Hauptschullehrerin oder Betriebswirtin ergreifen. Aber konnte man damals, oder könnte man heute, aus den Zahlen auf die „Anziehungskraft“ des richterlichen Berufes schließen? Diese changierende Wort suggeriert, es läge an den Frauen, dass sie den Karriereweg zur Richterstelle nicht einschlagen. Man könnte auf der Basis der gleichen Daten die Situation so interpretieren: Die jungen Frauen aus der Unterschicht haben sehr wohl den Wunschtraum, Richterinnen zu werden, aber das lange Studium mit seinen hohen Durchfallquoten bei einzelnen Klausuren und beim Examen und die Kosten des Repetitors schrecken Frauen aus der Unterschicht aus rationalen Gründen noch stärker ab als Männer. Für die Zeit, in der Richter seinen Interpretationssatz formulierte, wird man sicher auch noch hinzufügen müssen: Eine vom Verbindungswesen geprägte deutsche Rechtsfakultät war für die Frauen der Oberschicht immer noch graduell wesentlich durchlässiger im Studium wie in der anschließenden Berufswahl als für die Frauen der Unterschicht.

Die herrschende Meinung in der rechtssoziologischen Literatur meint, dass das Entscheidungsverhalten der Richter nicht idealistisch als reine Folge von vorgegebenen Normen und intellektueller Tätigkeit nach den Regeln der juristischen Methodenlehre zu sehen sei, sondern das sehr wohl berufsbezogene Erklärungsmuster, also z. B. Faktoren der Gerichtsorganisation wie die Stellung in der Gerichtshierarchie, Leistungsbeurteilungskriterien und Karriereaussichten und das Umfeld des Gerichtes steuerten. Dabei stützt man sich sehr stark auf die Monographie von Werle: Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter, 1977, die auf einer riesigen und schwierigen Datenbasis tendenziell zu den Aussagen kommt, für die sie von der rechtssoziologischen herrschenden Meinung in Anspruch genommen wird.

Diese Meinung muss jedoch hinterfragt werden. Wenn es richtig ist, dass die Gerichtsorganisation mit ihren apparatsspezifischen Beurteilungskriterien stärker steuert als Herkunft und sozialer Stand des Richters, was sagt das über die Justiz in ihrer Entwicklung des letzten Jahrhunderts aus? Die Justiz der Wilhelminischen Ära war im Sinne der sozialdemokratischen Kritik eine Klassenjustiz, die Justiz der Weimarer Zeit war antidemokratisch, die der Nazizeit durchaus systemkonform, und wie ist die Geschichte weiter zu interpretieren? Wenn die Gerichtsorganisation und die weiteren Randbedingungen des professionellen Handels so wichtig sind, dann muss auch gebührend Beachtung finden, dass sich an der Konstruktion der Instanzenzüge, den Arbeitsformen der Einzelrichter, Kammern und Senate, an der Relationstechnik und am Schreiben der Voten über viele Jahrzehnte hinweg ganz wenig geändert hat.

Für diese Debatte hat die Untersuchung von Rottleuthner *(Hubert Rottleuthner „Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit“ von 1984)* großen Einfluss gehabt. Sein Ergebnis war, dass er keinen Einfluss von richterlicher Einstellung, politischer Gesinnung oder Herkunft auf das Entscheidungsverhalten von Arbeitsrichtern nachweisen konnte. Basis waren 20 Sitzungstage von 35 Berliner Arbeitsrichter. Die entscheidende Katalogisierung war die Zählung von „arbeitnehmerfreundlichen“ oder „arbeitnehmerfeindlichen“ Urteilen. Ein wichtiges Element des sozialen Hintergrundes des Richters wurde darin gesehen, ob er Gewerkschaftsmitglied war oder nicht. Es kam zur Ergebnisformulierung, dass „der soziale Hintergrund und andere gerichts-externe Merkmale der Richter (Meinungen, Einstellungen, Gruppenzugehörigkeiten) aus ihrer beruflichen Tätigkeit ... erfolgreich ausgeblendet werden können“ *(Hubert Rottleuthner a.a.O. S. 346).*

51

Genauso voreilig ist es, die vorhandene oder fehlende Gewerkschaftsmitgliedschaft von 35 Berliner Arbeitsrichtern zu einer fundamentalen Aussage über die Richterschaft zu machen.

Dazu nur eine, wenn gleich nicht sehr naheliegende Hypothese: Könnte es nicht sein, dass zu

jenem Zeitpunkt im alten sozialdemokratischen Filz von West-Berlin Arbeitsrichter meinen konnten, eine ausgewiesene Gewerkschaftsmitgliedschaft sei karrierefördernd? Wenn dem so gewesen sein sollte, dann hätten die Urteile arbeitnehmerunfreundlicher Karrieristen möglicherweise die Urteile arbeitnehmerfreundlicher und außerdem noch gewerkschaftlich organisierter Richter aufgewogen.

Im Ergebnis jedenfalls ist die Meinung, dass z. B. die Herkunft der Richter keinerlei Einfluss auf ihr Entscheidungsverhalten habe, in dieser Zuspitzung und Verabsolutierung genauso wenig belegt, wie die Meinung, man müsse nur das Jahreseinkommen des Vaters des Richters kennen, um zu wissen, wie er in einem aktuellen Streit eines armen mit einem reichen Mitbürger entscheidet.

Offene Probleme

So, wie die rechtssoziologische Forschung zur Richterschaft und der politischen Randbedingungen plötzlich sehr intensiviert wurde, so scheint sie mit dem Ende der 70iger Jahre versickert zu sein. Man muss in der Tat genau hinschauen, um die noch offenen Rechnungen und neueren Forschungen zu sehen.

Eine offene Rechnung im Sinne dieser Überlegung ist die Tatsache, dass der Beweis nicht geführt worden ist, es bestehe kein Zusammenhang zwischen der sozialen Stellung des Richters und seinen Urteilen. Im Gegenteil. Es gibt die Untersuchung von Hilden *(Hartmut Erich Hilden, Rechtstatsachen im Räumungsrechtsstreit, Frankfurt-Main 1976)*, deren Ergebnis lautet: Richter, die selbst Mieter sind, entscheiden mieterfreundlicher als diejenigen Richter, die Eigentümer eines Hauses oder einer Eigentumswohnung sind. Dieses Ergebnis deckt sich mit der generellen Erfahrung, dass Menschen auch durch ihre eigene ökonomische Situation in ihren Urteilen über die Umwelt befangen sind. Selbstverständlich belegt die Untersuchung von Hilden nicht die These der Klassenjustiz. Dass Richter in einem Haus wohnen, das ihnen gehört, sagt noch nicht, dass sie reich sind oder dass sie Produktionsmitteleigentümer sind. Das Ergebnis von Hilden ist eine statistische Verschiebung, die statistisch signifikant ist, aber nur eine Einflussgröße unter anderen Einflussgrößen sein kann.

Es ist nun eine wissenschaftliche Forderung, dass man mit solchen Ergebnissen richtig umgeht.

Bryde hat z. B. das Ergebnis von Hilden (Brun-Otto Bryde a.a.O. S. 142) kommentiert und dabei vermutet, dass eher der Kenntnishorizont als der Interessenstandpunkt der urteilenden Richter von Bedeutung ist, weil Richter, die zugleich Haus- oder Wohnungseigentümer sind, die Argumentationstricks anderer Vermieter im Räumungsstreit besonders gut bewerten könnten. Eine solche Überlegung verlangt weitere Diskussion. Trifft es zu, dass die Vermieterseite in relevantem Umfang mit Argumentationstricks arbeitet, und trifft es zu, dass die Argumentationstricks der Vermieterseite ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien schaffen und die Mieterseite nicht in gleichem Umfange erfolgreich mit Argumentationstricks arbeitet? Das hat keine Plausibilität.

Mit der gebührenden Vorsicht wird man deshalb weiter fragen müssen: Wie wirkt es sich aus, dass die Richter als Lebenszeitbeamte die existenzielle Bedrohung durch Arbeitslosigkeit und Niedriglohn nicht am eigenen Leib erfahren, die für viele Konflikte um Unterhalt und Konsumgüter konstitutiv sind?

Weitere Beachtung verdient auch der Umstand, dass der Grad der Einlässlichkeit der richterlichen Arbeit auf die Ergebnisse Einfluss hat *(für den Arbeitsgerichtsprozess s. Hubert Rottleuthner u. a., referiert und kommentiert bei Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 361 f.).* Der Arbeitnehmer wird umso besser geschützt, je mehr der Richter seinerseits Fakten erfragt und Überlegungen einbringt. Dazu passt die Untersuchung von Egli *(Urs Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozess – eine rechtstatsächliche Untersuchung, Berlin 1996).* Der Richter, der seinen eigenen Arbeitsdruck als Vergleichsdruck an die Parteien wiedergibt, wird regelmäßig der Verhandlung schwächeren Partei die größeren Konzessionen zumuten *(Egli, a.a.O. S. 133)*. Eine überlastete Justiz, die scheinbar nur der apparatinternen Anforderung hoher Erledigungszahlen genügt, hat andere soziale Wirkungen, als eine Justiz, die Zeit genug hat, kompensatorische Arbeit in ungleichen Verhandlungssituationen zu leisten.

Geht man davon aus, dass Hintergrundfaktoren für die Rechtsprechung sich nicht als Forschungsthema erledigt haben, dann sind zwei gesamtgesellschaftlich zentrale Daten für die Juristen und Richterschaft als Randbedingung wichtig. Die Untersuchungen der sog. PISA-Studie haben herausgestellt, dass in Deutschland ein besonders starker Zusammenhang zwischen Herkunftsfamilie und Studienerfolg besteht. Wer aus gutem Hause stammt, hat in der Bundesrepublik auch heute noch deutlich bessere Chancen, das Hochschulsystem erfolgreich zu durchlaufen als derjenige, der sich als Aufsteiger durchkämpfen muss. Dabei geht es nicht nur um das

52

Hochschulstudium, denn mit zunehmendem Konkurrenzdruck werden kleine Positiva zu einem Syndrom sich gegenseitig hochschaukelnder Karrierechancen. Auch ohne entsprechende tatsächlich Untersuchung lässt sich sagen, dass eine Austauschschülerschaft - möglichst in den USA - , der Besuch einer privaten Hochschule, der von den Beziehungen der Eltern vermittelte Zugang zu guten Praktika und schließlich die Promotion im Zusammenspiel dafür sorgen werden, dass eine günstige

Herkunftsfamilie den entscheidenden kleinen Vorsprung auf der Karriereleiter sichert *(zur Promotion in der längerfristigen bundesdeutschen Tradition s. Frank Thieme, Die Konservierung des Juristenmonopols in bundesdeutschen Teileliten, Soziale Welt 1990, S. 517, 520; danach ist der Prozentsatz der Jura-Studierenden aus der Oberschicht, die promovieren wesentlich höher als der Prozentsatz derjenigen aus den Unterschichten).*

Überlegungen zur langfristigen Entwicklung

Es wird noch darauf zurückzukommen sein, dass es starke innere Stabilisierungen der Richterschaft wie der Juristenschaft überhaupt gibt. Es spricht viel dafür, dass die Richterschaft noch längere Zeit in Herkunft und in ihrer jeweiligen aktuellen Position soziologisch der oberen Mittelschicht verhaftet bleiben wird. Ob diese Daten aber weiterhin mit den Meinungen und Einstellungen in hoher Übereinstimmung stehen werden, die nach der älteren Justizforschung die besonderen Eigenschaften der Richter und Juristen ausmachen sollten, das ist fraglich. Wenn Kaupen, *(Wolfgang Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, 1964, S. 214 ff.)* im Groben ein Bild der Juristen zeichnet, die risikoscheu, obrigkeitshörig, ideologisch und sozial verspätet sind, so gehören solche Aussagen in eine Zeit, in der man mit einer juristischen Ausbildung den Richterberuf erreichen konnte. Wer die genannten Eigenschaften hatte, der konnte seine Karriere so steuern, dass er vom Justizsystem rekrutiert wurde.

Diese Voraussetzungen haben sich, worauf Bryde, *(Brun-Otto Bryde, Juristensoziologie, in: Horst Dreier, hrsg, Rechtsoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2000, S. 137 ff.)* zu Recht hinweist, gründlich geändert. Wenn die juristische Ausbildung von einer sehr, sehr viel größeren Zahl von Frauen und Männern durchlaufen wird, dann wird ein sehr viel geringerer Prozentsatz von ihnen den Richterberuf real ergreifen können. Wegen der hohen Sicherheit bei passabler Bezahlung wird also eine sehr große Gruppe von jungen Menschen um die obersten Prozentziffern im Ranking konkurrieren. Nimmt man hinzu, dass Examina unverändert ein gewisses Glücksspielelement enthalten, dann hat es kein Mensch in der Hand, ob er nun zufällig am Ende der acht oder neun Jahre nach dem zweiten juristischen Staatsexamen derjenige sein wird, der eine der wenigen Richterstellen bekommt. Auf der Basis rationaler Entscheidungen können nur Menschen die juristische Ausbildung beginnen, die entweder Rechtsanwalt werden wollen oder zumindest bereit sind, sich auf Berufsfelder mit wirtschaftlicher und arbeitsteiliger Orientierung einzulassen. Die Überlegungen sprechen dafür, dass sich langfristig die Besonderheit der Richterschaft im Verhältnis auch zu anderen Teilen der juristischen Profession zurück entwickelt. Allerdings sind solche Zukunftsaussagen unsicher, weil die Rekrutierungsregeln bei der Neubesetzung von Richterstellen für den politischen Zugriff recht offen sind. Sollte z. B. ein Bundesgesetzgeber den Einfall haben, einige Jahre anwaltlicher Berufserfahrung für den Richterberuf zur Voraussetzung zu machen, so würde das eine ganz neue Situation schaffen. Es wäre offen, ob durch eine solche – in der juristischen Öffentlichkeit hin und wieder geforderte – Veränderung die Richterschaft volksverbundener würde.

53

Kap. 8

Laienrichter an der Grenze zwischen Rechtssystem und Außenwelt

Das Konzept der Darstellung

Wenn man in einem Staate die Entscheidung von Konflikten unter den Bürgern den studierten Juristen überträgt und nicht dem Nachbarn und nicht Hinz und Kunz, dann muss die Entscheidung durch den studierten Richter in irgendeiner Weise besser und richtiger sein als jede andere. Wenn man in den USA den Geschworenen, die nicht Jura studiert haben und nicht auf Dauer den Justizinstitutionen angehören, die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten allein und unter Ausschluss von studierten Richtern überträgt, dann muss diese Entscheidung der Laien in irgendeinem Sinne richtiger und besser sein als diejenige von Berufsrichtern. Wenn man in einem Land wie Deutschland in verschiedenen Gerichtszweigen und in verschiedenen Instanzen studierte Richter und Laienrichter in wechselndem Mischungsverhältnis zusammen arbeiten lässt, dann muss auch dieses Gründe haben. Gründe im Sinne des letzten Satzes können nicht nur Rechtsargumente sein, sondern es muss sich um Vorteile handeln, die in der gesellschaftlichen Realität von den Bürgern des Landes als solche erfahren oder angenommen werden.

Schon in dieser ersten abstraktesten Problemskizze wird deutlich, dass das Konzept des Laienrichtertums und seine Realisierung ein wichtiges Thema der deutschen Rechtssoziologie sein müssen. Die Analyseschritte und Referate im Folgenden sind so angelegt: Das heutige Laienrichtertum ist nur verständlich aus bestimmten Traditionen *(vgl dazu Klaus Moritz, Das französische Arbeitsgericht – Gerichtsverfassung und Verfahrensrealität eines Laiengerichts, Berlin 1987, S. 26 ff.).* Die normativen Konzepte sind entwickelt worden für gesellschaftliche Zustände, aus denen heraus sie als rechtlich richtige Konzepte verständlich sind. Insofern muss man an diesem Beispiel wiederholen, was oben bereits zur Ungleichzeitigkeit gesagt worden war. Wenn man sich die alten Ansatzpunkte für den Einsatz von Laienrichtern verdeutlicht hat, dann kann man in einem

zweiten Schritt die Aktualität der Institution näher beleuchten. In einem dritten Schritt lässt sich danach fragen, ob die Laien als Einschlussgröße auf justizinternes Geschehen relevant sind. Zu fragen wird dann auch sein, nach welchen Kriterien ihr reales Wirken zu beurteilen ist und wie diese Beurteilung ausfällt.
Als Vorblick sei in zynischer Kürze formuliert: Laienrichter nützen der Idee der Volksverbundenheit der Justiz nicht viel, aber sie stören die Tätigkeit der Justizmaschinerie wenigstens nicht.

Laienrichtertum als Ausdruck gesellschaftlicher Entwicklungszustände

Entwicklungszustand Ende des Feudalismus:
Die deutsche Vorstellung von dem, was Recht ist und wie Recht in Apparaten werden soll, hat sich sehr stark anhand der Entwicklung in Preußen herausgebildet. Die Geschichte um den Müller Arnold ist eine Geschichte, die für Deutschland so wichtig ist wie die römischen Rechtsgeschichten, wie Fögen *(Marie-Theres Fögen, Römische Rechtsgeschichten, 2. Aufl. Göttingen 2003)* zum Gegenstand der Analyse gemacht hat. Die Müller-Arnold-Geschichte lernt jedes Kind in der Schule. Da agiert Friedrich der Große wie absolutistische Herrscher das europaweit sonst sicher auch zu tun gewohnt war: Irgendwelche seiner Untertanen – in diesem Falle Richter – verhielten sich nicht so, wie er, der Monarch, dies wollte. Er kommandierte und er bestrafte mangelnden Gehorsam *(Malte Dießelhorst: Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen. Göttingen 1984)*. Die Aufmerksamkeit, die Müller Arnold von dann an durch die ganze deutsche Geschichte bis in die Aktualität hinein gefunden hat, erklärt sich aus den hier paradigmatisch sichtbar werdenden Positionen der Kräfte des Beharren und des gesellschaftlichen Fortschritts. Die Richter nämlich sind nicht die bloßen Kreaturen des absoluten Monarchen, die sich selbstverständlich beeilen, ihrem König zu Willen zu sein. Der König seinerseits scheint in jenem Konflikt gelernt zu haben und er hat wohl von dann ab Respekt vor der Justiz gezeigt. Nun war der Vorzeigefall die aufgeklärten Monarchie sicherlich nicht die Normalität der deutsche politischen Verhältnisse im 18. Jahrhundert. Auch die Wirren der napoleonischen Kriege und die Zeit der Restauration trugen wohl dazu bei, dass erst im 19. Jahrhundert die Frage nach dem Verhältnis von Bürgertum und Feudalherrschaft eine allgemeine wurde.
Das Laienrichtertum ist historisch mit dem Problem verbunden, durch welche Institutionen sich das Bürgertum vor der tendenziellen Willkür des absoluten Monarchen sichern kann. In erster Linie wird durch eine Konstitution verbürgt, dass der Monarch als traditionelle Ordnungsmacht und das Bürgertum auf Dauer in Frieden den ökonomischen Fortschritt vorantreiben. Aber eine vom Fürsten
54
beherrschte Justiz verbreitete besondere Unsicherheit für die Bürger, weil sie in den gesellschaftlichen Auseinandersetzungen fallweise viel präsenter war, als z. B. die Armee, die in großen Zeitabständen Anlass hatte, einen Aufstand niederzuschlagen. In einer solchen gesellschaftlichen Situation muss das aufkommende Besitz- und Bildungsbürgertum dem Monarchen die überkommene Vorherrschaft im Justizapparat zu entwinden suchen. Das geschieht in dem sog. Kampf um das Geschworenengericht. Die Beteiligung der Bürger als Richter im Strafgericht konnte verhindern, dass die Fürstendiener als Berufsrichter ihrem Herrn mit jedem Urteil strikt zu Diensten stand. Man konnte auch ein Konzept verfolgen, dass eine schwache Ähnlichkeit mit der heutigen amerikanischen Jury hat. Die Bürger konnten nicht durchlaufend den gesamten Justizapparat kontrollieren, sondern musste eine gewisse Notbremse einführen. Wenn die Jury die Schuld eines Angeklagten verneint, den der Richter – unausgesprochen – für schuldig befunden hat, dann ist das Ergebnis dasjenige, das die Jury gewollt hat. Laien in der Strafjustiz lösen also ein bestimmtes Problem einer Epoche. Diese Problemlösung hat weiterhin die Eigenschaft, mit anderen Entwicklungzuständen anderer Teile der Gesellschaft kompatibel zu sein. Die Präsenz der Schöffen in den deutschen Strafgerichten steht jedenfalls für ein Konzept staatlicher Institution, von dem man sich nicht verabschieden musste. Es gab im Kaiserreich, in der Weimarer Zeit und auch in der Bundesrepublik Deutschland keinen Grund, ein anderes Konzept an dieselbe Stelle zu stellen.
Entwicklungszustand Sieg des Bürgertums in der Ökonomie:
Handelsrichter stehen für eine andere Frontstellung mehr gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Das Bürgertum hat in Deutschland nie einen vollständigen Sieg errungen. Die Vorherrschaft des Bürgertums wurde in Ökonomie und Bildung ausgebaut, während die Achse Kaiser/Armee bis in die letzten Tage des ersten Weltkrieges hinein als solche funktioniert hat. Zu einer so beschaffenen Gesellschaft gehört es, dass die gruppeninternen Konflikte jeweils nach den Regeln der gesellschaftlichen Teilbereiche entschieden wurden. Wenn es denn massive Konflikte zwischen Offizieren der Armee gab, dann blieb letztendlich nur das Duell. Dieses wurde im Strafgesetzbuch dementsprechend fürsorglich respektiert. Das Bürgertum wollte einerseits die Sicherheit eines im römischen Recht fundierten juristischen Urteils, es wollte aber andererseits die Macht der Konfliktentscheidung dem gelehrten Juristen nicht restlos überantworten. Die Lösung dieses Konfliktes ist die Kammer für Handelssachen, so wie sie bis heute noch besteht. Der Stand der Kaufleute als

Exponent eines unternehmerisch tätigen Bürgertums wählt aus seiner Mitte Laienrichter, die dem Juristen ein Urteil überstimmen können. Dass die Handelsrichter dem Berufsrichter dennoch nicht völlig gleich sind, liegt an Detailregelungen, die erst ein näherer Blick zum Vorschein bringt. Wer erfolgreich als Unternehmer tätig ist, will nicht allzu lange von seinem Betrieb ferngehalten bleiben und hat deshalb ein Interesse an der auch noch aktuellen Regelung: Handelsrichter sind in raschem Wechsel tätig. Außerdem wollen die Unternehmer als Handelsrichter auch nicht mit der Gänze der Bürokratie belastet bleiben. Die vorbereitenden und kleineren Entscheidungen bleiben dem Berufsrichter allein.
Entwicklungszustand beginnende Demokratie. Die Arbeitsgerichtsbarkeit konnte erst nach Ende des Kaiserreichs Thema werden. Mit dem Beginn der Weimarer Republik war klar: Die große gesellschaftliche Frontstellung war der Gegensatz des Bürgertums, dass über Besitz und Bildung Verteidigenswerte ökonomische Position inne hatte einerseits und der Arbeiterschaft andererseits. Wenn dieser Konflikt nicht nach dem Vorbild des schrecklichen Unterganges des Zarenreiches ausgetragen werden sollte, dann musste in Verfassung und Einzelgesetzgebung eine Vielfalt von Kompromissen ausgehandelt werden. Für diese Epoche ist die Idee typisch, Betriebsräte als mittlere Ebene zwischen dem Eigentümer der Produktionsmittel einerseits und der Gewerkschaft mit ihren Streikkassen andererseits einzuführen. Dieselbe Idee eines schwierigen Gleichgewichts wird beim Arbeitsgericht verwirklicht: Ein Berufsrichter wird von zwei Laienrichtern umstellt, die ihn überstimmen können. Diese Laienrichter aber sind einerseits von den abhängig Beschäftigten gestellt, andererseits von der Arbeitgeberschaft. Diese politische Frontstellung wird dadurch entkrampft, dass im Instanzenzug weiter nach oben die Berufsrichter dann doch dominieren. Wie schon bei den Handelsrichtern ist also auch hier von Anfang an die Idee erkennbar, dass das Laienelement seine Rechtfertigung auch in der Realitätsferne der juristisch verbildeten Berufsrichter findet. Anders als bei den Handelsrichtern ist aber erkennbar, dass auch die realitätsnahen Laien je nach ihrer gesellschaftlichen Stellung durchaus verschiedene Realität wahrnehmen dürfen. In diesem Bereich hat die Bundesrepublik Deutschland die Vorstellungen der Weimarer Zeit restauriert.
Entwicklungszustand Entfaltung von Demokratie und Gewaltenteilung:
Die Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigt den Stand der Entwicklung der frühen Bundesrepublik. Dass in einem Staate Konflikte zwischen dem Bürger einerseits und der juristischen Person „Staat“ andererseits vor einem Gericht ausgetragen werden müssen, ist keine Idee, die mit Notwendigkeit aus dem Gedanken der Demokratie oder der Gewaltenteilung folgt. Wenn im Rechtsstaat der
55
Verwaltungsbeamte selbst an das Recht gebunden ist, wieso genügt dann nicht ein interner Kontrollmechanismus? Oder warum muss der Bürger nicht auch in den kleinen ihn betreffenden Entscheidungen mit dem staatlichen Handeln so leben, wie er es in den Wichtigen tut. Wenn die Regierung eines Landes einem anderen Lande den Krieg erklärt, dann wird der Bürger als Soldat eingezogen und verliert womöglich in jenem Kriege sein Leben und er kann nicht durch den Spruch eines Verwaltungsgerichtes bewirken wollen, dass er von jenem Kriege unbehelligt bleibt, z. B. weil er diesen Krieg für völkerrechtswidrig hält. So könnte man sich auch vorstellen, dass nur einige Konflikte zwischen Staat und Bürger einer Kontrolle zugänglich sind, und dann allerdings der zivilgerichtlichen. Daran erinnert auch heute noch die Sonderstellung der Enteignung. Die Bürger, die durch Enteignung um einen Teil ihres Vermögens gebracht wurden, konnten schon lange Schutz bei der Zivilgerichtsbarkeit suchen, die in Fragen des Eigentums schließlich eine gewisse Sachkompetenz hatten. Das Beispiel zeigt nur, dass die großen sozialen Fragen und ihre Beantwortung in dem unter Problem der Einsetzung von Laienrichtern für die Verwaltungsgerichtsbarkeit weniger deutlich auszumachen sind als für die anderen historischen Vorgänger. So kann man annehmen, dass angesichts der Vielfalt der Lebensbereiche, die heute durch staatliches Handeln gesteuert werden sollen, die Frage der Sachkompetenz besonders drängend ist. Dem entspricht auch die Realität, die Klausa 1972 in Westberlin festgestellt hat *(Ekkehard Klausa, Ehrenamtliche Richter – Ihre Auswahl und Funktion –empirisch untersucht 1970, S. 92 f).* Es gab eine stärkere Tendenz politisch interessierte und im Verwaltungsbereich vorgebildete Personen einzusetzen. Die Konfliktkonstellationen sind im Verwaltungsrecht nun einmal unendlich viel vielfältiger als in den anderen Rechtsgebieten. Die Entscheidung darüber, ob ein Schüler sitzen bleibt, ist doch sehr viel anders als die Entscheidung darüber, ob der Bau einer Autobahnbrücke die unter der Brücke lebende Tierwelt hinreichend unbeschädigt lässt.
Entwicklungszustand Durchsetzung des Sozialstaats:
Die Sozialgerichtsbarkeit ist in der Bundesrepublik Deutschland erfunden worden als eine Mischung aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit und aus der Arbeitsgerichtsbarkeit. Das Sozialrecht selbst ist dadurch gekennzeichnet, dass seine Prinzipien höchst selten in der Bundesrepublik diskutiert werden, während es häufig sehr heftige öffentliche Erregungen über die Ergebnisse der Anwendung von Sozialrecht gab. Die eigenartige Situation lässt sich auch am Beispiel der Sozialwahl verdeutlichen.

Während die Mehrzahl der Bundesbürger in ihrer Altersversorgung existenziell davon abhängen dürfte, dass es Sozialversicherungsträger als große, seriöse, gut funktionierende Bürokratien gibt, interessiert sich kaum jemand dafür, wie deren Funktionieren durch eine innere Verfassung gewährleistet wird. Dementsprechend sind die Verbindungen zwischen den institutionellen Konzepten und aktuellen gesetzlichen Ausformungen manchmal nicht recht plausibel. Instruktiv ist insoweit das Institut der „Friedenswahl". Auch in der Gerichtsverfassung ist bei den Laienrichtern der Sozialgerichte nicht so klar wie bei den Geschworenen oder Handelsrichtern, auf welche gesamtgesellschaftliche Problematik sie als Antwort dienen soll. In dieser Weise spiegeln sie die Intransparenz des Sozialstaats. Von den ehrenamtlichen Sozialrichtern ist auch am wenigsten in der Literatur zu erfahren.

Laienrichter als Fremdkörper im Justizsystem?

Eine rechtssoziologische Betrachtung zeigt, dass sich heute in der bundesrepublikanischen Justiz die grossen Ausgangsideen selten in Einzelentscheidungen umsetzen. Die Ideen, die zur Einführung von Laienrichtertum geführt haben, sind nicht mehr wirkungskräftig.

Es verbleibt aber das Phänomen einer grossen Gruppe von Richtern, die nicht Professionelle sind. Darauf bezogen stellt sich die Frage: Wie absorbiert das System einen Einfluss, den ein ganz anders ausgebildetes und ganz anders rekrutiertes Personal als Berufsrichter hat? Zur Beantwortung der Frage sind mehrere Gesichtspunkte wichtig.

Zuerst ist daran zu erinnern, dass die normative Ausgangslage den deutschen Laienrichtern keinen eigenen Entscheidungsraum einräumt. Jedes Argument und jede Entscheidung, mit der sie in Prozessen und Beratungen agieren, ist räumlich und zeitlich und intellektuell Teil einer Kooperation. Das Ergebnis bleibt immer in dem Sinne unausgewiesen, dass das Gericht der einzige Akteur ist. Laienrichter, die als US-amerikanische Geschworene die Schuldfrage entscheiden, tun dies nach den Maßstäben, die sie unter Laien entwickeln und dies mit offener Verantwortlichkeit gegenüber der Öffentlichkeit. Weiterhin sorgt in Deutschland das Rechtsmittelsystem dafür, dass „weiter oben" das Laienelement nicht mehr entscheidend sein kann. Über der Kammer für Handelssachen und den Tatsacheninstanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit sind im Instanzenzug Mehrheiten von Berufsrichtern entscheidend. Die implizite Aussage ist deutlich: Die Gefahr, dass ein Berufsrichter von Laien überstimmt wird, wird dort riskiert, wo es um nicht allzu viel geht. Man kann vermuten, dass dieser Umstand bis in die Beratungssituation hinein praktisch werden kann: Wenn es je zu einer

56

Konfrontation der Laienmeinungen zum Konflikt zwischen Laienmeinung und der professionellen Konfliktentscheidung kommen sollte, so wird der Berufsrichter der untersten Instanz immer geltend machen können, dass die anwaltlich beratenden Parteien im Instanzenzug weiter oben erfolgreich das richtige, nämlich juristisch-professionelle Urteil einfordern werden. Beiläufig sei darauf hingewiesen, dass das Zurücktreten des Laienelements entlang der traditionellen Abfolge Eingangsinstanz/Berufungsinstanz/Revisionsinstanz eine heutige politische Setzung ist. Man braucht nur an Fragen der Substantiierung und der Beweislastverteilung denken, um zu sehen, dass die Laien auch in der Revisionsinstanz beteiligt werden können, und beim Bundesarbeitsgericht ist es der Fall. Es gibt viele wichtige Fragen in jedem Prozess, die ohne professionelle Kenntnis der Textmassen des materiellen Rechtes entscheidbar sind. Die zahlenmäßige Dominanz der Berufsrichter ist also eine politische Entscheidung. In den historischen Auseinandersetzungen um das Geschworenengericht ging es gerade um die letztentscheidende Instanz, in der der Bürger Sicherheit vor der Fürstenwillkür braucht.

Zu beachten sind auch die Rekrutierungsregeln und die Realität der Rekrutierung. Die Regel (vgl. § 21 ff. Arbeitsgerichtsgesetz, § 31 ff. GVG, § 20 ff. VwGO) geben nur ganz schwache Eingrenzungen des in Frage kommenden Personenkreises vor. Im wesentlichen werden Wahlverfahren etabliert, bei denen im Prinzip jedermann gewählt werden kann. Die Eingrenzungen, die vorgegeben sind, sind immer noch problematisch genug. So gibt es (VwGO § 20 Satz 2) ein Mindestalter von 30 Jahren, obwohl auch bei jüngeren Menschen oft eine besondere Sachkunde für Fragen des Schulrechtes und des Hochschulrechtes vorhanden ist. Ein ebenso dunkler Zusammenhang zwischen Lebenssituation und Seriösität der ehrenamtliche Richtertätigkeit wurde vom Gesetzgeber beim „Vermögensverfall" gesehen. Etwas burschikos und political not correct gesagt: Der IQ des ehrenamtlichen Richters wird nicht geprüft, aber ein „Bankrotteur" ist als Richter eben so wenig zugelassen wie ein Straftäter, der zu mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist (vgl. § 21 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 VwGO). Insgesamt scheinen in Deutschland die Rekrutierungsregeln für ehrenamtliche Richter nicht sehr sorgfältig gearbeitet zu sein. Dafür spricht jedenfalls § 35 GVG, in dem spürbar ist, dass die Grenzbeziehungen im Detail durch die Lobby-Arbeit bestimmter Berufsgruppen im Parlament bestimmt worden sind.

Ärzte, Zahnärzte, Krankenschwestern, Kinderkrankenschwestern, Krankenpfleger und Hebammen und Apothekenleiter, die keinen weiteren Apotheker beschäftigen, können die

Berufung zum Amt eines Schöffen ablehnen. Für alle anderen bleibt es dabei, dass eine Ablehnung wegen Gefährdung oder erheblicher Beeinträchtigung einer ausreichenden wirtschaftlichen Lebensgrundlage möglich ist. Die Privilegierung der Zahnärzte und Kinderkrankenschwestern kann schließlich nicht mit ihrer Unentbehrlichkeit gerechtfertigt werden, wenn überall sonst Vertretungsregeln ausreichen. Auch ein anderer Apparat hat seine Mitglieder vor der Störung seines Betriebes geschützt: Nach § 22 Ziff. 4 VwGO können Soldaten nicht als ehrenamtliche Verwaltungsrichter berufen werden.

Einer gesonderten Diskussion wäre es wert, warum nach § 23 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO geistliche und Religionsdiener die Berufung zum ehrenamtlichen Richter ablehnen dürfen.

Die Realität der Rekrutierungsverfahren scheint in neuerer Zeit nicht systematisch überprüft worden zu sein. Allerdings gibt es keinen Anlass anzunehmen, seit der empirischen Untersuchung von Ekkehard Klausa habe es eine qualitative Änderung gegeben. Geht man von der Fragestellung aus, ob es den Wahlorganen gelingt, Menschen zu ehrenamtlichen Richtern zu machen, die in besonderer Weise zum unbefangenen Aufarbeiten von Sachverhalten und zum Umsetzen transparent gemachter Wertungen befähigt sind, so ist das Ergebnis weitgehend negativ. So weit Entscheidungskriterien inhaltlicher Art diagnostizierbar sind, setzen sie auf einen sehr diffusen Zusammenhang zwischen Anzeichen bürgerlicher Seriosität und der inhaltlichen Befähigung zum (Laien-)Richteramt. Die Spannweite der Bevölkerungsgruppierungen wird aber auch nicht abgebildet, so dass eine idealistische Anforderung der Teilnahme des „ganzen Volkes“ an der Richtertätigkeit auch nicht zu konstatieren ist. Der Rechtssoziologe Machura hat in Frankfurt am Main und in Bochum rund 700 Personen befragt, die in Schöffenlisten eingetragen waren und einen erstaunlich Rücklauf von 568 beantworteten Fragebogen gehabt. Sein Ergebnis ist, dass die Mittelschicht krass überrepräsentiert ist, Angestellte und Beamte bilden die Mehrheit der Schöffen. Der Anteil der Arbeiter war auffallend niedrig (3 % der Schöffenlisten). 50 % der Frankfurter Schöffen waren älter als 50 Jahre und nur 19 % waren jünger als 40 Jahre. Die Frauen hatten die zweifelhafte Ehre, in Frankfurt mit 47 % beteiligt zu sein. Bedenkt man, dass es um ein Richteramt geht und an vergleichbaren Stellen Frauen sonst immer einer zahlenmäßigen Dominanz der Männer gegenüberstehen, dann drängt zu folgender Vermutung: Bei den Männern, die man gerne gewählt hätte, waren sehr viele, die sich wegen ihrer besonderen beruflichen Einbindung dem Schöffenamt so wie so hätte entziehen können, § 35 Ziff. 7 GVG *(alle Ziffern aus Stefan Machura, in: Richter ohne Robe, 12. Jahrgang, 2000, S. 4; detailierter*
57
Stefan Machura, Fairness und Legitimität, Baden-Baden 2001 passim). Zum relativ ausgeglichenen Verhältnis von Männern und Frauen drängt sich die Interpretation auf, dass die Arbeitsaufwendigkeit des Ehrenamtes zu einer relativ starken Beteiligung der Frauen führt. Es ist die Hausfrau und Mutter, die in der 3. Lebensphase, wenn die Kinder aus dem Haus sind, die für solche Ehrenämter Zeit genug haben muss und dann auch von den männlich dominierten Wahlgremien in relevanter Anzahl gewählt wird.

Wie wirkt Laienrichtertum auf die Arbeitsergebnisse der Justiz?

Um die Antwort auf diese Frage richtig einzuschätzen ist es nötig, sich daran zu erinnern, dass es an deutschen Stammtischen einige Klagen über die „Weltferne“ – und das heißt „Bürgerferne“ – der Juristen zu hören ist. Wenn man solche Klagen im Ohr hat, dann könnte man sich vorstellen, dass die Laienrichter ihre Tätigkeit als Konfliktsituation erleben und ihre anderen, nichtjuristischen Maßstäbe durch zu setzen versuchen.

Das Gegenteil ist der Fall. Aus neuerer Zeit liegt zwar nur die Untersuchung zu den Schöffen von Machura, aber dieses stimmt mit allem überein, was man von anderen Laienrichtern auch hört. Die Laienrichter fühlen sich überwiegend akzeptiert. Und das Milieu ist das jenige einer Kooperation. Es bestätigt sich, dass die Laienrichter ihren eigenen Einfluss für recht gering halten. In der Hauptlinie scheinen die Laien davon überzeugt zu sein, dass sie an einer sinnvollen Sache konstruktiv teilhaben. Bezogen auf dieses Milieu der Kooperation ist es plausibel, wenn Machura die Fairness der Behandlung der Laien durch die Professionellen als entscheidende Einflussgröße für die Zufriedenheit der Laien deutete. Im Vergleich dazu ist die Frage nach der Richtigkeit der Urteile weniger wichtig. Die Fairness der Behandlung scheint es zu sein, deretwegen die ganz überwiegende Zahl der Laienrichter bereit wäre, denselben ehrenamtlichen Arbeitsaufwand weiter zu führen.

Die Bedeutung der Fairness wird von Machura auch anhand des einzigen größeren bekannt gewordenen Konfliktes gekennzeichnet.

Besondere Empörung fand sich bei einer Gruppe Frankfurter Schöffen, die erfahren mussten, dass ihr Richter (ihre Richterin) mit Staatsanwälten und Verteidigern Absprachen trafen, und zwar über die Köpfe der Schöffen hinweg, denen daraufhin nur noch übrig blieb, die Absprache zu beschließen. Viel besser wurde die Praxis bewertet, die Schöffen zum „Flurgespräch“ zwischen Richter und Parteivertreter hinzu zu bitten. Machura meint übrigens, dieses letztere Verfahren sei auch rechtlich korrekt. Das ist es sicher in einer Hinsicht rechtlich

in Ordnung: Wenn das Gericht den Prozess auf dem Flur führt, dann muss es wenigstens das Gericht und nicht ein einzelner Richter sein. Die Laienrichter sind nach deutschem Recht Richter, und wenn die Richter in der Weise prozessieren, dass der eine Richter darüber entscheidet, wann und in welchem Umfang der andere Richter die Grundlagen des Prozesses zur Kenntnis bekommt und an der Entscheidungsfindung teilnimmt, dann ist das ein nach jeder Prozessordnung unmögliches Verfahren. (Stefan Machura, a.a.O. S. 8).
Die Berufsrichterin in besagtem Konfliktfall hatte also nicht nur die Fairness verletzt, sondern bewegte sich auch ausserhalb der Regeln vernünftigen Prozessierens, die rechtlich im Gebot des gesetzlichen Richters verdichtet sind. Empörung – so zeigt das Exempel - an Stelle von Kooperation tritt also nur ein, wenn auf der Seite der Professionellen ein heftiges Fehlverhalten zu konstatieren ist.

Das Justizsystem absorbiert das Störpotential des Laienrichtertums

Für die Erklärung der hohen Integration von Laienrichtertum in eine im wesentlichen von Professionellen beherrschten Institution ist auch daran zu erinnern, dass die Gruppe der von Machura befragten Schöffen nach Alter, Beruf und Einkommen ähnliche Eigenschaften aufwies wie die Berufsrichter, mit denen sie zusammen arbeiteten. Das Ergebnis sät also noch einmal Zweifel hinsichtlich der verbreiteten Annahme, dass die Schicht- oder gar Klassenzugehörigkeit der Richter keinen Einfluss auf die realen Arbeitsabläufe in der Institution Justiz habe. Wenn man als Schlagwort in Erinnerung ruft, dass die eine Hälfte der Republik über die andere Hälfte zu Gericht sitzt, dann trifft das auf Berufsrichter wie auf Laienrichter zu.
Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass man nach Machuras Untersuchung *(Stefan Machura, a.a.O. S. 3)* es eine Minderheit von Schöffen gab, die sie schon auf wenigen Fragebogenseiten all so ignorant oder rechtsradikal zeigten, dass Machura an der Weisheit der Auswahlverfahren zweifeln musste. Machura hat allerdings nicht untersucht, wie groß der zahlenmäßige Anteil derjenigen Berufsrichter ist, die inhaltlich nach der Art des berühmt gewordenen Hamburger Berufsrichters „Richter Gnadenlos“ verfuhren. Wie in einem nur aus professionellen Richtern zusammen gesetzten Personal ist durch stark abweichende politische Meinungen einer
58
Minderheit ein gewisses Konfliktpotential vorgegeben. Übrigens erwähnt Machura nicht, dass er bei den Laienrichtern oder bei den Berufsrichtern auf linke Abweichler vom bürgerlichen Generalkonsens gestoßen sei.
Der zweite Grund, der das Ergebnis verständlich macht, ist in einer spezifischen Eigenschaft der gehobenen Mittelschicht zu sehen. Sie ist es, die in ihren Berufen selbst Professionalität entwickeln und zeigen muss, sie ist es, die permanent in arbeitsteiligen Zusammenhängen agiert. Man erinnere sich, dass die Ärzte zwar nicht mehr die „Halbgötter in weiß“ sind, aber der Weg zum mündigen Patienten scheint auch in der gehobenen Mittelschicht nicht von vielen begangen zu werden. Das Vertrauen auf die anderen Fachleute (Lehrer, Psychologen, Ingenieure, Finanzberater usw.) ist erst einmal eine Normalität. Das dem entsprechende Gejammer an den Stammtischen scheint dazu im Widerspruchl zu stehen, aber es ist weithin verlogen.
Als Hauptergebnis muss man aber festhalten, dass das Rechtssystem als ein System von Menschen *(vgl. Drosdeck)* genauso wie als ein System von Kommunikationen *(vgl. Luhmann)* die Eigenschaft hat, einige Irritationen durch Laien abzupuffern. Man wird das Schicksal des Laienrichtertums in Deutschland insgesamt als Bestätigung dafür verbuchen können, dass es eine relative Geschlossenheit des Rechtssystems gibt. Die realen Vernetzungen, die der Kommunikation als zirkelförmige wechselseitige Bestätigungen auftauchen, sind offenbar nur schwer aufzubrechen. Eine nach ihrer personellen Zusammensetzung gar nicht zum Aufbrechen von irgendwas gesonnene Laienrichterschaft agiert als Teil des Rechtssystems.
59

Kap. 9

Das Personal des Rechtssystems außerhalb der Richterschaft

Das Konzept der Darstellung

Für das, was Recht in einer Gesellschaft bedeutet, sind immer mehr Menschengruppen wichtig als die Richter. Aktuell gehören hierzulande sicherlich dazu: Staatsanwälte, Rechtsanwälte, gerichtliche Sachverständige, Gerichtsvollzieher, in der Verwaltung auch die Rechtsabteilungen. Diese sind leider weit weniger als die Richter zum Gegenstand von Untersuchungen geworden. Dadurch wird das Thema der Arbeitsteilung übergangen, das aber wichtig ist. Wenn es die Funktion der Rechtssoziologie in der juristischen Ausbildung ist, einen realitätsgerechteren Blick zu eröffnen und damit z. B. das Problem des Praxisschocks zwischen rechtsdogmatischer Universitätsausbildung und beruflichem Handeln abzubauen, dann ist es ganz dringend nötig, sich mit einigen Überlegungen und Beobachtungen in diesen schwierigen Bereich zu getrauen. Man muss sich nur daran erinnern, wie viele sonst recht vernünftige Bundesbürger meinen, ein Prozess wäre vor allem dann gewonnen, wenn der Anwalt gut sei, und der von zwei streitenden Kontrahenten sich den besseren Anwalt leisten

könne, der werde schon gewinnen, und wer viel Geld für einen Anwalt bezahle, könne nach jeder Untat trotzdem mit Straflosigkeit rechnen. Solche Meinungen kann einen Juristen natürlich mit einiger Überheblichkeit als Dummheit der Bürger beiseite lassen wollen, aber mit einem solchen Verhalten stellt er sich gerade mit solchen Bürgern auf eine Stufe: Aus beiderseitigem Nicht-zur-Kenntnisnehmen
kann nichts Gutes erwachsen.
Die Realisierung der Arbeitsteilung gibt eine gute Gelegenheit, die Nützlichkeit der soziologischen Rollentheorie unter Beweis zu stellen
Wenn man sich um Ansätze zu relevanten Phänomenbeschreibungen bemüht hat und dadurch einige Sicherheit mit Umgang mit den allgemeinen Problemen des Personals des Rechtssystems erlangt hat, dann kann man auch noch einmal auf die Frage zurückkommen, wie eine Abgrenzung von innen und außen des Rechtssystems begründbar ist. So gehört an das Ende dieses Kapitels die Frage, ob konfliktschlichtende Ombudsleute oder andere Schlichter bei uns oder anderswo als personales Substrat des Rechtssystems gesehen werden können.

Vielerlei Personal

An den Anfang gehört die banale Aussage, dass das Rechtssystem vielerlei Personal hat. Dabei empfiehlt es sich nicht, die juristische Universitätsausbildung stillschweigend oder bewusst als Grenzlinie des Innen- und des Außen des Rechtssystems zu denken.
Schon rein normativ ist die Frage viel schwieriger. In Deutschland kennt man seit langen Jahrzehnten die Institution des Rechtspflegers, der eine bunte Mischung von rechtsrelevanten Entscheidungen zu treffen hat. Zumindest in dem Bereich, der bis vor einigen Jahren Vormundschaftsgericht hieß, sind diese Entscheidungen für die betroffenen Individuen von großer persönlicher Bedeutung und es sind schwierige Rechtsfragen zu lösen. Das Sammelsurium von Zuständigkeiten lässt eine klare Profilierung und eine Schwerpunktbildung in der Ausbildung kaum zu. Jedenfalls wirken Personen an der Stelle des Richters, deren Ausbildung weit von dem Standard von Referendar- und Assessorexamen entfernt ist. Die beiden anderen Berufsgruppen, die in der Öffentlichkeit immer als die Juristenschaft überhaupt angesehen werden, werden kraft Setzung des Gesetzgebers von insofern vergleichbaren Berufsgruppen begleitet. Zu den Staatsanwälten gehören die Amtsanwälte, und zu den Rechtsanwälten gehören die Rechtsbeistände.
Auch die Realität zeigt, dass die Justiz als Institution nicht ausreichend erfasst und beschrieben werden kann, wenn man sich auf Menschen mit voller juristischer Ausbildung beschränkt.
Dafür sei nur ein Gedankenexperiment angeführt. Man stelle sich vor, in zwei Landgerichtbezirken agierten die Gerichtsvollzieher recht unterschiedlich. In einem Landgerichtbezirk seien die Gerichtsvollzieher sehr großzügig mit Fruchtlosigkeitsbescheinigungen. Im anderen Landgerichtsbezirk sei das Gegenteil der Fall. Solche Gegebenheiten werden mit Sicherheit bis in die reale Prozessstrategie und die Entscheidung von Rechtsfällen in der Zivilgerichtsbarkeit hinein wirken. Wo die Gerichtsvollzieher sich hartnäckig um erfolgreiche Vollstreckungen für die Prozesssieger bemühen, da kann ein Anwalt seinen Prozess viel eher auf ein richterliches Urteil anlegen. Wo die Gerichtsvollzieher den Schuldner auch nach einem Urteil häufig „laufen lassen", da wird
60
der Anwalt des Gläubigers schon im Prozess Anlass sehen, verstärkt einen gerichtlichen Vergleich mit Forderungsabstrichen anzusteuern, weil dieser bekanntlich eine bessere Chance bietet, dass der Schuldner das im Vergleich Versprochene auch wirklich und einigermaßen widerstandslos leistet.
Wer als Anwalt oder als Richter ergebnisorientiert agieren will, der muss den realen Gesamtzusammenhang der agierenden Personen im Blick haben.

Arbeitsteilung als soziologische Kategorie

Ein analytisches Instrument im Umgang mit dem gesamten für die Rechtssoziologie relevanten Personal ist das Konzept der Arbeitsteilung. Die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Gesellschaft ist wesentlich befördert worden durch die Abhandlung von Emile Durkhein: „Die Arbeitsteilung".
Dieses für das Ende des 19. Jahrhundert kennzeichnende Werk überwand ein rein ökonomisches Verständnis der Arbeitsteilung. Es ist nun wichtiger, mit einigen weiteren Beispielen die Beobachtung der Realität einzuüben, als die Entwicklung soziologischer Konzepte am Exempel Arbeitsteilung zu verfolgen.
In diesem Sinne sei zuerst an eine immer wieder aufbrechende gesellschaftliche Debatte erinnert. In der Tagespresse und auch in der juristischen Literatur konnte man häufig die Klage lesen, in der Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland des ausgehenden 20. Jahrhunderts und auch noch aktuell würden Strafprozesse viel zu lange geführt; eine wichtige Ursache dafür sei eine im Vergleich zu vorangegangenen Zeiten wesentlich aggressivere Verteidigung der Angeklagten, die jede Chance zu Befangenheitserklärungen, Revisionsrügen, aber auch zu Sachverhaltsverdunklungen wahrnehme.

Auch die Chaotisierung von Verfahren durch kleinteilige Wahrnehmung aller nur erdenklichen prozessualen Rechte hindere die Justiz an einer sinnvollen Erfüllung ihrer Aufgaben. Solche Klagen werden gewöhnlich begleitet von dem Hinweis, die Anwälte seien auch als Strafverteidiger „Organe der Rechtspflege“ und die geschilderten Missbräuche verfehlten diese Funktion. Das Beispiel soll hier nicht weiter ausgeformt werden, weil es im strafrechtlich-kriminologischen Bereich liegt.
Jedenfalls sehen sehr viele Beobachter zentrale Probleme des Rechtswesens darin, dass das gesamte Personal der Justiz auf eine Funktion (vergleichbar einem ökonomischen Produkt eines Betriebes) ausgerichtet sein müsse. Die Kritik lautet dann, die idealistische und hermeneutische Ausrichtung auf den Gesetzestext verhindere eine betriebswirtschaftliche Rationalität. Für diese Debatte ist es wichtig, sich des Konzeptes der Arbeitsteilung und der soziologischen Rollentheorie zum Zwecke der Realitätserfassung zu bedienen. In allen wichtigen Bezügen gilt, dass das Selbstverständnis einer arbeitsteiligen Funktionswahrnehmung in einer dadurch definierten Gemeinschaft vorherrscht. Dazu ein Exempel.

Exempel: Wie Richter mit Sachverständigen umgehen

Die Relevanz der Arbeitsteilung ist auf der justizpolitischen und rechtspolitischen Ebene vorzeigbar. Die Entwicklung der Sachverständigenhaftung ist nämlich nur verständlich, wenn man annimmt, dass die gerichtlichen Sachverständigen in den Tatsacheninstanzen als Teil des personellen Substrats des Rechtssystems agieren.
Die Prozessordnungen regeln die Rechtsfragen des gerichtlichen Sachverständigen weithin. Einerseits nimmt er zu tatsächlichen Fragen Stellung (nicht zu Rechtsfragen), andererseits gelten für ihn hinsichtlich seiner Äußerungen im Prozess die Voraussetzungen, die für Richter auch gelten. Der Gesetzgeber ist also der Meinung, die geistige Anstrengung der unparteilichen Entscheidungsfindung sei im tatsächlichen Bereich dieselbe wie im rechtlichen Bereich. Im Alltagsmassengeschäft der Zivilgerichte kennen sich Richter und Sachverständige in vielen Fällen, und in anderen Gerichtszweigen ist dies oft ebenso. Rein tatsächlich ist der Sachverständige also für den Richter ein sehr wichtigerer Kooperationspartner als der einzelne Prozessführende im Zivilprozess oder der einzelne Angeklagte (gerade bei Angeklagten leuchtet ein, dass derjenige, der häufig vor dem selben Richter erscheint, früher oder später einmal für längere Zeit „aus dem Verkehr gezogen wird“). Das Milieu wird bereits in den Normen z. B. der Zivilprozessordnung deutlich. § 404 Abs. 2 ZPO lautet: Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.
§ 404 a Abs. 4 ZPO:
„So weit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.“
61
§ 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO:
„Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden“.
Ein Problem konnte die Haftung der Sachverständigen für Fehl-Gutachten nur dadurch werden, dass die deutschen Richter für die Folgen von Fehlurteilen im rechtlichen Bereich nicht strafrechtlich oder zivilrechtlich auf Schadensersatz haften. Die Norm zur Rechtsbeugung in dem Strafgesetzbuch hat eine eigene Geschichte und wird jedenfalls im Effekt immer noch so interpretiert, dass sie kaum je zur Anwendung kommen wird. Das bestimmt die Reichweite von § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht“. Diese Vorschrift galt seit dem 1. 1. 1900 für den Richter, und der Sachverständige wird nicht erwähnt.
Der BGH fällte dazu ein wichtiges Urteil *(BGH JZ 1974, 558)*. Der Hintergrund:
„Das selbst für einen grundsätzlichen Haftungsprozess außergewöhnliche Interesse der Tagespresse rührt daher, dass der BGH aufgerufen war, den zivilrechtlichen Schlussstrich unter eine Affäre zu ziehen, die nicht nur eine lokale chronique scandaleuse war, sondern als Weigand-Affäre in die bundesdeutsche Justizgeschichte eingegangen ist. Sie hatte Mitte 1962 begonnen, als der … Kläger auf eigene Faust Licht in die Erschießung eines Münsteraner Rechtsanwaltes zu bringen versuchte und glaubte, als ‚Sozialanwalt' die Strafverfolgungsbehörden zur Pflichterfüllung anhalten zu müssen. Was so als berechtigtes Anliegen eines mündigen Bürgers im demokratischen Rechtsstaat begann, wuchs sich jedoch, an Michael Kohlhaas erinnern, zu einer rasch ansteigenden Flut von Verdächtigungen aus und führte 1967 zur rechtskräftigen Verurteilung des Sozialanwalts zu einer Gefängnisstrafe von 2 Jahren ... Auf die Strafe angerechnet wurden außer der Untersuchungshaft auch die 3 Monate einstweiliger Unterbringung in der Anstalt Y, in deren „festen Haus“ der Kläger aufgrund eines medizinischen Gutachtens des Beklagten festgehalten worden war. Aus dieser

Gutachtenerstattung und der darauf gestützten Unterbringung ... suchte der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit Schadensersatzansprüche gegen den Sachverständigen herzuleiten. Dass dem Kläger mit der Unterbringung Unrecht geschehen ist, lässt sich nicht bezweifeln, wie wohl BGH und Vorinstanz diese Frage offen lassen. Die im weiteren Verlauf des Strafverfahrens angehörten Gutachter bejahten nämlich einhellig die volle Zurechnungsfähigkeit des Klägers, von der dann auch das Strafurteil ausging, und der beklagte Sachverständige geriet angesichts der Argumente seiner Fachkollegen so sehr in Bedrängnis, dass er sich aus dem Strafverfahren zurück zog. Angesichts der gesamten Umstände der Gutachtenerstattung, besonders der in dem Gutachten verbreiteten Gemeinplätze und der durchscheinenden Vorurteile gegen das soziale Engagement des Klägers, dem selbst seine Dissertation angekreidet wurde, liegt darüber hinaus sogar grobe Fahrlässigkeit bei der Begutachtung nahe". (Klaus Hopt, Urteilsanmerkung JZ 1974, S. 551.).

Zu Recht hat Hopt an derselben Stelle bemerkt, dass eine unbefangene Lektüre der damals geltenden Vorschrift problemlos zur zivilrechtlichen Haftung des Sachverständigen führt. Der BGH hat anders geurteilt, wobei zentral die Erwägung ist, dass der Sachverständige „Gehilfe des Richters" sei. Hopt hat nun dargetan, dass der BGH dieses Argument sehr einseitig einsetzt und dem Sachverständigen unter dem Zwang seiner eigenen Argumentationsleitlinien sogar mehr Schutz gewährt als einem Richter bei einem vergleichbar befangenem und unsorgfältigem Urteil über eine Rechtsfrage.

Dieser Gehilfe des Richters ist in der Sicht des Bundesgerichtshofs also nicht ein Experte, der mit seinem Wissen und seinen Fähigkeiten seinen Lebensunterhalt verdient, sondern er ist in seinen Handlungen einbezogen in den Schutz der Dritten Gewalt – so wie der BGH den richtigen Schutz versteht. Wie schon im Umgang mit den Untaten von Juristen im Nationalsozialismus und in der Interpretation des Rechtsbeugungsparagraphen des Strafgesetzbuches schirmt die Rechtsprechung sehr stark sich selbst gegen eine Kontrolle ab und überträgt diese Tendenz auf ihre Gehilfen.

Eigentlich genügt ein einziges Argument, *(auf das auch Hopt aaO hinweist)*, um zu zeigen, dass aus der Tatsache des Gehilfentums jedenfalls nicht das folgt, was der Bundesgerichtshof daraus ableitet. Andere professionelle Dienstleister und übrigens sogar die Rechtsanwälte sind im Fall grob sorgfaltswidriger Arbeit Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, die sie mit Berufshaftpflichtversicherungen auffangen. Soweit die gerichtlichen Sachverständigen auch außerhalb von gerichtlichen Verfahren Expertenaufträge entgegen nehmen und damit ihren Lebensunterhalt verdienen, dürften sie übrigens sogar typischerweise solche Berufshaftpflichtversicherungsverträge abgeschlossen haben. Erklärlich wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur, wenn man Richter und Sachverständige in ihrer Arbeitsteilung und Kooperation sieht und die Beschäftigung der Justiz mit grob fahrlässig falsch erstatteten Gutachten in ihrer Wirkung als Ansehensverlust der ganzen Gruppe begreift. Übrigens hat das Bundesverfassungsgericht die Abwehrstellung der Justiz

62

aufgebrochen und solchen Selbstschutz des Rechtspersonals für rechtsstaatswidrig erklärt. Das Parlament, in dem das Personal des Rechtssystems über eine starke Lobby verfügt, hat danach den heutigen § 839 a BGB geschaffen, der immer noch Spuren des Lobbyismus zeigt.

Arbeitsteilung und das soziologische Konzept der Rolle

Arbeitsteilung als soziologisch relevantes Phänomen steht im dichten Konnex zur Rollentheorie. Deshalb sind beide geeignet, die Phänomene in der Mitte zwischen Makrosoziologie und Mikrosoziologie, soweit sie mit Recht in der Gesellschaft zu tun haben, zu beleuchten und unsere Aufmerksamkeit zu schärfen. Im Folgenden kann gezeigt werden, dass die Rollentheorie besonders hilft, Probleme des Berufsstandes der Rechtsanwälte zu verstehen, auch wenn sie darüber hinaus wichtig ist.

Rolle ist in der deutschen Soziologie weithin als Bildersprache im Anklang an die Rolle eines Schauspielers eingeführt worden und hat dann in der Übernahme us-amerikanischer Forschung einen genaueren Sinn erhalten.

Der soziologische Rollenbegriff gewinnt seinen Sinn daraus, dass er gerade die überindividuellen Aspekte in der Wahrnehmung von einzelnen und vielen betont. Die Soziologie braucht eine Theorieebene, auf der nicht nur immer die unhandlichen Aussagen über die Gesellschaft als ganze gefordert sind. Die Alternative zu solchen Aussagen kann schließlich nicht sein, dass man jedem Menschen seine Individualität zuerkennt und bei den Aussagen über Menschengruppen nur noch den Zugriff wählt, der in der Richtersoziologie eingeübt worden war. Anstatt der gruppendefinierenden oberflächlichen Eigenschaften (Beruf des Vaters, Einkommen pro Monat usw.) meint Rolle ein Bündel von Erwartungen, das in einer Gesellschaft an ein Individuum herangetragen wird. Dass damit eine wesentliche Beobachtungskategorie gefunden ist, zeigt jeder Alltag und übrigens auch der Alltag im Gerichtssaal. Man erinnere sich an die gängige Szene, in der der Richter zu einer Partei sagt, „Sie als Kaufmann, für den Zeit Geld ist, werden sich doch hier nicht so lange um eine kleine Summe herumstreiten, sondern einen Vergleich akzeptieren, den ich jetzt vorschlage". Mit dem „Sie als ..."

werden die Erwartungen ins Gedächtnis gerufen und aktualisiert. Solche Erwartungen sind natürlich nicht davon abhängig, dass sie sprachlich ausformuliert werden. Die Rolle eines Dorfdepps oder Klassenkaspers wird typischerweise nonverbal von der Umwelt realisiert.

In der Entwicklung der Soziologie sind in einem längeren Prozess die Vorzüge und die Missverständlichkeiten der Rollentheorie ausdiskutiert worden. Sie ist ein Instrument, bei dem es keine letzte Klarheit der richtigen oder falschen Verwendung geben kann. Jedenfalls ist deutlich, dass die Fruchtbarkeit dieses theoretischen Instrumentes für die Gewinnung von wissenschaftlichen Aussagen nur gegeben bleibt, wenn man sich von zwei Extrembildungen fern hält. Einmal darf man nicht die Erwartungen der Außenwelt, die der Rollenträger selbst für sich akzeptiert und übernimmt, zu sehr als „Sollen“, als (womöglich auch formal sanktionierte) Norm, verstehen. Wenn man das tut, dann könnte man z. B. die Rolle eines Notars mit den Anforderungen an seine Residenzpflicht seinem Expertentum, seiner Erfahrung etc. beschreiben, und gewönne damit wenig jenseits der positiv rechtlichen Sätze der Bundesnotarsordnung. Das Erwartungsbündel, das eine Rolle ausmacht, ist nur dann interessant, wenn es diverse Segmente enthält und zusätzlich, wenn diese untereinander in einem Spannungsverhältnis stehen oder gar in einem Friktionsverhältnis. Auf der anderen Seite macht es wenig Sinn, Rolle all zu sehr als Beschreibung von kulturell eingefahrenen Normalitäten zu benutzen. In diesem Sinne könnte man z. B. von der „Rolle des enttäuschten Liebhabers“ reden. Ein solcher Gebrauch macht den Rollenbegriff nicht nur unscharf, sondern er bringt es mit sich, dass man wenig an gemeinsamen Aussagen über die Rollenträger machen kann. Die enttäuschten Liebhaber in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1990 bis 2005 sind keine Gruppe, auf die soziologisch relevante Aussagen gemünzt werden können. So empfiehlt es sich letztendlich, den homo sociologicus in Parallele zu setzen zu dem homo oeconomicus. Dieser hat sich auch als Folie bewährt, auf der bestimmte Wirklichkeitsentwürfe und Wirklichkeitsbeobachtungen deutlich gezeichnet werden können.

Zur Rolle von Rechtsanwälten

Was im Sinne dieser Rollentheorie wäre über den Rechtsanwalt zu sagen?

Drei Erwartungen fallen sofort auf. Der Rechtsanwalt ist Rechtsexperte. Der Rechtsanwalt ist Interessenvertreter. Der Rechtsanwalt ist Freiberufler.

Sieht man nur die erste Erwartung an, so wird gleich deutlich, dass solche Erwartungen im unterschiedlichen Maße ausgeprägt sein können. Von der Mehrheit aller Rechtsanwälte wird das ratsuchende Publikum erwarten, dass sie Einschätzungen abgeben, ob es in einem Konfliktfall wohl

63

lohnt, zu prozessieren. Wer aber als Zeitgenosse nicht völlig unerfahren ist, wird dabei schon sein Wissen um die Unsicherheit des Rechtes in seine Erwartungen einfließen lassen. Vom Anwalt, anders als vom Richter in vielen Fällen, wird nicht erwartet, dass er mehr als Bürger sagt, wie die Rechtslage ist, sondern dass er mit wechselnden Adjektiven einen Grad von Risiko zu beschreiben sucht. Es sind die besseren Kanzleien, die für die Zukunft zuverlässige Verträge als langfristige Handlungsgrundlagen ökonomisch relevanter Subjekte schaffen. Das Versprechen rechtlicher Bewährung der Expertenmeinung bleibt Ausnahme und Grenzfall. Etwas pointiert ausgedrückt: Der Anwalt ist Experte für Unsicherheit, der Richter ist Experte für Sicherheit.

Auch das Rollensegment der Interessenvertretung bedarf der genaueren Beschreibung. Wird z. B. von einem Anwalt erwartet, dass er es ablehnt, eine aussichtslose Zivilrechtsangelegenheit für einen Mandanten zu vertreten, die dieser aber unbedingt ausprozessiert haben möchte? Unterwirft sich der Anwalt in einem solchen Fall der Anweisung seines Mandanten, dann wird dadurch ein Grenzfall deutlich. Der Mandant kann Interessen definieren, wie nach üblicher Einschätzung seinen Interessen „in Wahrheit“ nicht entsprechen. Diese Unsicherheit des Interessenbegriffs ist keine juristische Erfindung, sondern eine Alltagserfahrung. Insofern zeigt sich, dass die Rede von den Erwartungen ihre immanente Grenze hat. Erwartungen sind auch in den Köpfen derer, mit denen die Anwälte umgehen, häufig nicht restlos abgeklärt und sie können natürlich auch im Laufe der Zeit Veränderungsprozessen unterworfen sein.

Dass der Anwalt zugleich immer auch Freiberufler ist, wird daneben deutlich in der manchmal kuriosen Angst der deutschen Bundesbürger vor den Kosten von Rechtssachen und in der nicht auszurottenden Vorstellung, je länger ein Prozess dauere, desto teurer werde er, denn die Anwälte müssten ja immer weiter verdienen. Aber auch die vernünftigen Mitbürger werden immer von ihren Anwälten erwarten, dass diese ihren Lebensunterhalt verdienen, so wie sie auch von ihren Ärzten nicht bloße Aufopferung oder christliche Nächstenliebe erwarten. Ganz im Gegenteil, wenn der Anwalt nach seinen sozialen Verhältnissen offenbar in der Lage ist, gutes Geld zu verdienen, dann spricht das für viele Bundesbürger nur zu seinen Gunsten. Der ökonomische Erfolg des Freiberuflers wird in der Verbindung der Rollensegmente zum Anzeichen der vollen Erfüllung der Erwartung des Expertentums und der vollen Erfüllung der Erwartung richtiger Interessenwahrnehmung.

Spannungen und Widersprüche in der Rolle von Rechtsanwälten

Ihre Fruchtbarkeit zeigt die Rollentheorie gerade auch die Fälle der Spannungen und Widersprüchlichkeit. Dazu einige Beispiele von vielen.
Der Anwalt, der in Interessenwahrnehmung seiner Mandanten zu viele Streite um kleine Streitwerte führt, scheitert als Freiberufler und wird in einem kleinen Büro ohne nennenswerte Bibliothek auch verdächtigt werden, kein richtiger Experte zu sein. Wer seine Rolle als richtiger, guter Anwalt ausleben will, der darf nicht im ökonomischen Aspekt des Freiberuflertums versagen.
Auch die Bruchlinien zwischen dem Expertentum und Interessenwahrnehmung sind bekannt. Wer als Anwalt einen Mandanten vertritt, der sich in einen Konflikt hineinsteigert und psychischen Schaden als Querulant und Michael Kohlhaas nehmen könnte, der muss rechtzeitig sein Expertenwissen verschweigen und nur noch zusehen, wie er den Konflikt in einer psychisch verträglichen Weise aus der Welt schafft. Die bloße Niederlegung des Mandates ist in solchen Fällen ein Versagen. Es ist die punktuelle Realisierung einer Möglichkeit, die sonst immer auch gegeben ist, nämlich der öffentlichen Aufkündigung der Rollenwahrnehmung.

Andere Rollensegmente

Jenseits der genannten Rollensegmente dürften bei jedem Anwalt noch eine ganze Menge andere auszumachen sein. Bisher war z. B. nicht genannt das „Organ der Rechtspflege“, das der Anwalt nach § 1 Bundesrechtsanwaltordnung ist. Dieser Norm korrespondiert in einigem Umfang die Erwartung der Kollegen in der Anwaltschaft, bei der Staatsanwaltschaft und in der Richterschaft, dass der Anwalt an informellen Kommunikationen und Arbeitsteilungen teilnehmen wird. Einigermaßen gut informierte Mandanten werden diesen Sachverhalt richtig einschätzen und positiv zu würdigen wissen in ihren Erwartungen. Der gut im System verankerte Jurist wird in vielen Fällen richtiger einschätzen können, welche prozessualen Schachzüge Erfolg versprechen oder welche vielleicht auch nur oberflächlicher Schaukampf sind. In diesem Bereich sind die Erwartungen recht deutlich von Sanktionen gestützt. Wer sich falsch benimmt (umgangssprachlich: *aus der Rolle fällt, sich daneben benimmt*), dem droht Rache: „Wenn der mal was will ...“. Natürlich sind auch die Geschlechtsrollen in Deutschland immer noch sehr deutlich. Es gibt leider keine Auszählung, sondern nur die allgemeine Einschätzung, dass Frauen in Scheidungsverfahren statistisch überproportional Anwältinnen beschäftigen. Eine schrille
64
Spiegelung der vorausgesetzten Zuordnung Frau/Familienrecht ist die Rede in größeren Kanzleien, man habe eine „Scheidungstante“ für die Rund-Um-Betreuung der Interessen der hauptsächlich aus Unternehmern bestehenden Mandantschaft. Es dürfte dabei mitspielen, dass es in Scheidungsverfahren häufig sehr stark auch um Kindeswohl geht und die alte Zuordnung von Frau und Kind immer noch in vielen Köpfen funktioniert.
Schließlich ist an die immer noch Erwartung an die gesamtgesellschaftliche Orientierung zu erinnern. Während die Richterschaft in der Tradition der Fürstendiener steht und von ihr erwartet wird, dass sie gegebene Zustände verteidigt, waren die Anwälte immer die Gruppe der Liberalen und Neuerer, in der auch Juden und Linke eher Aufnahme fanden.
Diese Beispiele sollen nur zeigen, dass die Realität der Geschehnisse im beruflichen Handeln Juristen und Juristinnen durch die Rede von Rollen recht gut erfassbar sind. Wer nach der juristischen Ausbildung an der Universität vor einem Praxisschock einigermaßen bewahrt bleiben möchte, der muss sich um Wahrnehmungen auf dieser Ebene bemühen.

Usurpation und Tausch von Rollen im Prozess

Arbeitsteilung und Rollentheorie sind geeignet, noch ein weiteres Phänomen zu beschreiben, dass selten, aber immer wieder zu beobachten ist: Usurpation und Tausch von prozessrechtlich „Rollen“ auf der Basis soziologischer Rollen.
Die Sache ist am besten an zwei realen Geschehnissen zu erläutern.

Vor dem Amtsgericht Hamburg wurde ein schwieriger Mietprozess geführt. Es ging darum, ob Miete für eine Wohnung in einem Haus gezahlt worden war, in dem lauter chinesische Bürger wohnten. Hinter den Bewohnern jener Wohnung stand ein Familienoberhaupt, ein älterer Herr von großen unternehmerischen Fähigkeiten. Als Zeuge wurde er dazu gefragt, ob ein ostasiatisches Formular mit chinesischen Schriftzeichen wirklich den Beweis von Zahlungen erbringen konnte. Das vermietende Unternehmen hatte seine Sachbearbeiterin als Zeugin benannt, die bezeugen sollte, dass im Gewirr der Räumlichkeiten und Personen tatsächlich bestimmte Zahlungen nicht vertragsgemäß eingegangen seien. Der Richter handelte vernünftig: Er erörterte mit den Zeugen die Sach- und Rechtslage wie mit Parteien und die beiden Zeugen schlossen einen Vergleich. Der Richter wusste also, mit wem er in diesem Falle zusammenarbeiten konnte und die Anwälte spielten das Spiel mit und ließen sich von den Zeugen sagen, was sie machen sollten.

Das Beispiel zeigt, das Richter, Anwälte und Zeugen in einem – sagen wir –sehr freien Auslegung ihrer prozessrechtlich vorgegebenen Aufgaben einen Konflikt kooperativ lösen konnten, der sonst noch zu sehr viel Arbeit geführt hätte. Auch der Richter musste schließlich über seinen dogmatischen

Schatten springen, denn er schlichtete nicht zwischen den Parteien, sondern seine Mithilfe am Vergleich fand in Kommunikation mit Nicht-Beteiligten statt.
Das andere instruktive Ereignis war Folgendes:
Beim Landgericht Frankfurt wurde um das Jahr 1970 um Schadensersatzansprüche gestritten. Auf einem NATO-Flugplatz in der Eifel waren 48 Granatsplitter-Schutzhallen für Düsenjäger gebaut worden; für die Baufahrzeuge des Hauptunternehmers und seiner 13 Subunternehmer waren Fahrstraßen gekennzeichnet worden, an die sich die Fahrzeuge aber während der Bauzeit durchaus nicht immer gehalten hatten. Das Bearbeiten und Wiedereinsäen zerfahrener Grasflächen war schadensersatzpflichtig, aber wer waren die Täter? Dazu wurde ein pensionierter Oberbaurat befragt, der als Gutachter für eine bestimmte Spezialfrage auf dem Gelände gewesen war. Dieser berichtete, dass er natürlich nicht sagen konnte, wer, wann, wo im Verlauf eines halben Jahre Grasflächen zerfahren hatte. Er sagte aber auch in freier Wahrnehmung seiner Zeugenrolle, dass er in seinem langen Berufsleben mit solchen Problemen öfters befasst worden war und dass es nur eine Lösung gäbe: Alle Unternehmungen, die mit Fahrzeugen auf dem Gelände gefahren waren, mussten sich den Schaden proportional zu ihren Auftragssummen teilen Dieser Vergleichsvorschlag wurde von den Parteien akzeptiert..
In der Sache ging es darum, dass der pensionierte Oberbaurat den Erwartungen entsprochen hatten, die in Deutschland an einen guten Schlichter bestellt werden. Er war ein anerkannter Experte auf seinem Gebiet und damit ein ernst zu nehmender Mitmensch; er hatte auch für die streitigen Sachverhalte große Erfahrung; sein Vorschlag basierte auf völliger Unparteilichkeit. Er war mithin der ideale Konfliktschlichter. Der Richter mochte an Unparteilichkeit dem Zeugen gleich stehen, aber im anderen Segmenten Expertentum und Erfahrung war der Zeuge dem Richter voraus. Deshalb hatte
65
der von ihm gemachte Vergleichsvorschlag noch mehr Chance als der gleiche Vorschlag vom Richter es gehabt haben würde.
Hinzu kam noch ein weiteres Element: Der Oberbaurat war in seiner persönlichen Ausstrahlung ein gestandener alter Herr, während der Richter die Ausstrahlung eines 35jährigen Bürokraten hatte. Von einem Schlichter, der erfolgreich Konflikte zur allseitigen Zufriedenheit beenden können soll, erwartet man, dass der grauhaarig ist – jedenfalls in Deutschland.

Die Beschreibung realer Rollen als Korrektur normativer Begrifflichkeiten

Letztendlich ist die Betrachtung realer Abläufe unter Aufgliederung der realen Beiträge und der Erwartungen unter den Beteiligten auch als Erziehung zur Realitätsorientierung wichtig. Ein anderes Beispiel ist die Institution in Japan, die in deutschen Texten mit „Schlichter“ übersetzt wird. Nach einem vorliegenden Bericht über die Praxis *(Thea Krapp, in: Walter Gottwald und Dieter Strempel, Hrgb., Streitschlichtung – Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, 1995, S. 82 ff.)* sind diese Schlichter ziemlich autoritäre Entscheider. So konnte folgende Geschichte passieren:
Eine Frau wollte geschieden werden, weil ihr Mann sie schlug. Der eingeschaltete „Schlichter“ erklärte daraufhin der Frau, dass es normal sei, dass in Japan ein Mann seine Frau schlage; er selbst würde es auch so machen
Gibt man sich nicht mit einer Übersetzung zufrieden, die ein Wort einem Wort zuordnet, sondern beschreibt das ganze Bündel von Erwartungen, die an einen indischen Dorfältesten oder eine japansiche Autoritätsperson herangetragen werden, dann entgeht man Missverständnissen. Das ist dringend notwendig, wie sich gerade im Falle Japans zeigt. Auf der Basis voreiliger Gleichsetzungen von deutscher Schlichter/ japanischer Schlichter kommt man zwangsläufig zur (unbelegten) Ansicht, das japanische Rechts- und Gesellschaftssystem könne ein Vorbild für Deutschland sein.
Als weiteres Beispiel mag das Panchayat dienen, das auf dem Papier eine Art von Ältestenrat eines indischen Dorfes ist. Dieser kann kleinere Streitfälle regeln und scheint demnach im deutschen Sinne „Justiz“ zu sein. Das Problem scheint zu sein, dass die Ältesten immer Männer sind, immer den höheren Kasten angehören und immer konservative Verteidiger der immer noch präsenten Kastengesellschaft Indiens sind *(Christine Möllhoff: Die Frau mit den zwei Ehemännern - Indiens Dorfräte verurteilen vor allem Angehörige niederer Kasten zu grausamen Strafen/ Politiker sehen tatenlos zu, Frankfurter Rundschau 16.11.2004).* Diese Männer fühlen sich real nicht den Normen des indischen Rechtsstaats verpflichtet. Wer diese Dorfräte als Richter einstuft, der gibt damit ein völlig schiefes Bild.
66

Kap. 10

Die prägende Kraft der Institution

Das Konzept der Darstellung

Die Diskussion um das Entscheidungsverhalten der Mitglieder der Richterschaft läuft in der gesamten

Rechtswissenschaft einschließlich der Rechtssoziologie mehrspurig. Natürlich ließe sich eine Masse von Veröffentlichungen vorzeigen, die ohne das Angebot von Überprüfungsmethoden immer von neuem die Aussage formuliert, die Mitglieder der Richterschaft würden durch den Text der im Bundesgesetzblatt nachzulesenden Gesetze und durch nichts anderes zu ihren Entscheidungen gebracht. Eine realistische rechtssoziologische Perspektive fragt nach der sozialen Verortung der Richter, und genauso realistisch die Gegenposition, die im Forschungsansatz interne Steuerungsmechanismen des Rechtssystems verfolgt. Die Frage lautet dann, was Juristen zu anderen Menschen macht als die Übrigen.
Besonderen Aufschluss kann man von Untersuchungen zu Ausbildung erwarten. Juristenausbildung ist kein kognitiver Prozess, sondern eine Sozialisation. Die institutionellen Gegebenheiten der Justiz und der Juristenausbildung als reale Faktoren, die Wirkungen erzeugen, sind aber leider wenig untersucht. Im Folgenden soll daher nur eine Schneise in das Dickicht möglicher Hypothesen geschlagen werden. Es wird die These verfolgt, dass die Besonderheit des Juristischen eine von Anfang an eingeübte Kommunikationsform ist. Zentral in der Ausbildung ist „der Fall".
Im Vorgriff auf Kommendes sei an dieser Stelle nur kurz hinzugefügt, das justizielle Geschehen als soziales Phänomen natürlich noch weitere Forschungsansätze zulässt. Bryde hat z. B. in seiner Diskussion des Forschungsstandes *(Brun-Otto Bryde a.a.O. S. 143 f.)* abgehoben auf die Eigenschaften derer, die Justiz in Anspruch nehmen. Auch die Randbedingungen prägen. Geht es um Fragen wie Zugang und Zugangsbarrieren, und um die Vorteile von Großorganisationen, wenn diese im Führen von Prozessen Erfahrungen haben, die Vertragsbeziehungen daher schon im Hinblick auf zukünftige Prozesse strukturieren können, gepflegte Kontakte zu den entscheidenden Institutionen haben und ihr Wissen langfristig und zielstrebig ausbauen.

Systemtheorie als offener Ansatz und das Exempel „Der Fall"

Wer Hypothesen formuliert, sollte sich seine theoretischen Hintergründe vergewissern. Allerdings darf dieses Postulat nicht missverstanden werden. Ein freischwebendes Theoriekonstrukt, das nach seiner abschließenden Entwicklung das erste Mal zur Bildung von real überprüfbaren Hypothesen verwendet wird, gibt es nicht und sollte es nicht geben. Es ist nicht nur legitim, sondern geradezu zwangsläufig, dass Theoriekonstruktion parallel zu fortschreitenden Forschungen zu aktuellen Realentwicklungen geschieht.
In diesem Sinne ist es konsequent, dass die Untersuchung von Drosdeck „Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt *(Jeannette Schmid, Thomas Drosdeck, Detlef Koch: Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt, Nomos Baden-Baden 1997, S. 5 ff.)* sich auf Systemtheorie beruft und Luhmann Fassung der Systemtheorie referiert. Allerdings bleibt nicht aus – und auch das ist typisch – das Drosdeck *(Thomas Drosdeck a.a.O. S. 19)* seinerseits unter dem Eindruck interessanter Forschungsfragen Luhmanns Theorie nicht etwa restlos übernimmt. Das Rechtsystem wird von Luhmann als das System qualifiziert, in den Kommunikationen über Recht und Unrecht stattfinden, die als soziale Handlungen Rechtsfolgen auslösen. Der Mensch gehört nach Luhmann nicht zum System, sondern zu dessen Umwelt. *(Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993, S. 33).*
Drosdeck dahin gegen sucht den Anschluss stärker an den Problemdefinitionen, wie sie in der bisherigen Rechtssoziologie und in der breiteren juristischen Öffentlichkeit diskutiert werden. Danach wird das Justizsystem als ein durch Individuen konstituiertes Sozialsystem verstanden, das über seine Komponenten – hauptsächlich die Richter – notwendig mit anderen Sozialsystemen interagiert. Es wird also das alte Thema der „Einstellungen" der Richter nicht mehr bezogen auf einen Wirkungsmechanismus zwischen Herkunft und Beruf als Ausgangspunkt, um konkrete Entscheidungen als Folge, sondern die beobachtbaren Eigenschaften von Richtern werde nur als eine den Sachverhaltsaufbau mit beeinflussende Variable gesehen. In dieser Fassung ist die Systemtheorie offen für die Wahrnehmung von Phänomen, wie sie Mitglieder der Richterschaft wahrnehmen.

67

Ein solches Phänomen, nämlich „der Fall" soll deshalb näher beleuchtet werden. Jeder, der mit Juristen in der Ausbildung, im Examen und in der Berufsphase Umgang hat, wird merken, dass „der Fall" ein durchlaufend wichtiges Gesprächsthema der Juristen ist und ein Element der Besonderheit des Rechtssystems und des Justizsystems bilden. Andere Wissenschaften und Berufsausbildungen kennen „den Fall" nicht. Angemessenes Umgehen mit Fällen wird in der Ausbildung gelernt und in der Praxis routinisiert. Das geschieht vom ersten Semester an. Deshalb seien im Folgenden zuerst einige charakteristische Eigenschaften des Falles „an Erstsemester-Fällen" gezeigt.
Das erste Exempel: Wie kommt zustande, dass die Juristen von Anfang an trainiert werden, einen anderen, ritualisierten Sprachgebrauch zu pflegen als normale Menschen? Ist das nur Spracheinübung oder geschieht typischerweise auch inhaltlich etwas, was aber nicht offengelegt wird, obwohl es offengelegt werden müsste. Die Konzentration auf Fälle hat auch ihre Konventionen, die nicht hinterfragt werden.

Das zweite Exempel soll die These belegen, dass es ein immanentes Spannungsverhältnis in typischen Anfängerfällen gibt: Einerseits gibt es Fälle, die sehr unrealistisch sind, und in denen deshalb die Gerechtigkeitsfrage nicht gestellt werden kann. Wenn sich im Märchen der Frosch in einen schönen Prinz verwandelt, dann kann bei einem Ereignis, dass sich so nie zugetragen hat und nicht zutragen wird, nicht über Gerechtigkeit nachdenken. Dort, wo der Realismus durch Rückgriff auf Revisionsentscheidungen verbürgt scheint, sind die Fälle typischerweise sehr komplex und die Wertung ist allein schon durch die notwendige Kenntnis von ökonomischen und institutionellem Geschehen für Anfänger überfordernd. Die Frage darf aber nicht lauten: Was ist die Lösung? Die Frage müsste nach dem Selbstbild der Rechtswissenschaft lauten: Was ist die gerechte Lösung!
Das dritte Exempel wirft noch einmal die Frage auf, ob es denn nicht möglich sein muss, durch Rückgriff auf Alltagsfälle und Alltagserfahrungen der Studierenden die Quadratur des Kreises zu bewirken, nämliche einfache, aber doch realistische Geschehnisse zum Ausgangspunkt zu machen. Meine These ist, dass der Alltag zu einem Teil Probleme mit sich bringt, die gar nicht so genannt werden können, und die die Juristen nie beschäftigen. Ein Joghurt ist verschimmelt. Zu einem anderen Teil der Alltagsgeschäfte findet man einen sehr hohen rechtlichen Komplikationsgrad vor, und alle Grundstrukturen werden von Komplexität überwuchert. Juristische Ausbildung ist von Anfang an Sozialisation in der Situation des Zurechtkommens mit Anforderungen, denen in zureichender Weise nicht genügt werden kann.
Insgesamt beleuchten alle drei Beispielsfelder eine Sozialisation, in der Wirklichkeit teilweise verfremdet wird, teilweise ausgeblendet und teilweise ignoriert wird, wobei gerade der Ernst der sozialen Konflikte verdrängt wird und statt dessen Unernst zum intellektuellen Milieu gehört. Alles das bleibt implizit und deshalb umso wirksamer als Sozialisation.

Exempel I: Die Einübung von Sprachkonventionen

Der folgende Text benutzt ein Beispiel aus dem Anleitungsbuch von Schimmel *(Roland Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 2. Auflage, Luchterhand Verlag).* Dieses Buch liegt inzwischen in 5. Auflage vor und es wird mit Sicherheit noch öfters aufgelegt werden. Es macht einen Vorgang explizit, der überall in der Anfängerausbildung zu beobachten ist. Der unten zitierte Text bei Braunschneider ist auch 350000 mal gedruckt worden.
Erstens: Bestimmte Sprachformen werden in der deutschen Juristenausbildung in einem Maße eingeübt, dass das hässliche Wort Dressur berechtigt ist. Unterthese dazu: Fachsprache in einem anspruchsvollen Sinn des Begriffs spielt dabei Nebenrolle. Zweitens: Die starke Konzentration auf bestimmte Wort- und Satzfolgen stehen in Gegensatz dazu, dass Wertungen von rhetorischer Stimmungsmache beeinflusst werden. Anmerkung dazu: Diese problematische Erscheinung ist in der Ausbildung nicht Thema.
Sprachliche Dressur d.h. die Einübung juristischer Sprachformen geschieht an Fällen wie dem folgenden:
K nimmt an V's Kiosk Band 137 der Reihe „Schmerzen im Herzen – ein Arztroman" aus dem Regal und legt das Heft und die DM 2,--, die der Preisaufdruck ausweist, auf den Tisch. V nimmt das Geld und schiebt das Heft zu K herüber.
Hat V das Geld zu Recht vereinnahmt? (Schimmel a.a.O., S. 28)
Im Klausurmuster ist klar, dass der Kioskinhaber das Geld als Kaufpreis behalten darf, wenn ein Kauf zustande gekommen ist und das Romanheft die Leistung war. Das wird nun mit einigen Fachworten ausgedrückt, nämlich Anspruch, Tatbestandsmerkmal und Sachverhalt. Soweit es um die Manier des Schreibens von Klausuren geht, ist das fachsprachliche Vokabular mit einem halben bis einem ganzen
68
Dutzend Termini vollständig erfasst. Sachverhalt bedeutet als Vokabel die Fallerzählung von diesem Kioskbesitzer, Anspruch z.B. ist hier eine Formulierung im Gesetz, in der gesetzlich festgelegt ist, dass ein Bürger (z. B. Verkäufer) von einem anderen Bürger (z. B. Käufer) zu Recht und notfalls durch Klage vor Gericht erfolgreich eine bestimmte Leistung verlangen kann. Tatbestand und das als Bestandteil darin enthaltene Tatbestandsmerkmal sind Sätze und Worte im Gesetz, die abstrakt die Voraussetzungen beschreiben, unter denen das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht. Man spricht juristisch von Anspruchsgrundlage in Präzisierung des allgemeinsprachlichen Begriffs Rechtsgrundlage.
Die Leistung des Autors Schimmel, besteht nun im Angebot von Formulierungsvorschlägen. In diesem hoch spezialisierten Buch sind es einige Hundert, in weniger spezialisierter Ausbildungsliteratur finden sich immer noch viele Formulierungsvorschläge, z. B.:
Ein Anspruch des „Anspruchsteller" gegen „Anspruchsgegner" auf „Anspruchsziel" / Der von „Anspruchsteller" geltend gemachte Anspruch auf „Anspruchsziel" kann sich (zunächst / nur) aus „Anspruchsgrundlage" ergeben / auf „Anspruchslage" gründen / stützen. (Schimmel a.a.O., S. 37)
Das wird nun vielfach variiert:

Ein Anspruch des „Anspruchstellers“ gegen „Anspruchsgegner“ würde voraussetzen, dass...
Die Masse der Formulierungsvorschläge ergibt sich allerdings auch daraus, dass doch unterschiedliche Aspekte in den Vordergrund gestellt werden müssen. Z. B. kann es angemessen sein:
Angesichts des Fehlens (z. B. vertraglicher Verbindungen zwischen den Beteiligten) kommen nur (z. B. deliktische, aus vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzungen entspringende) Ansprüche in Betracht.
Der Vorteil der Lektüre von Schimmel besteht nun darin, dass noch krassere sprachliche Engführungen durch Abschreiben der Formulierungsvorschläge vermieden werden. Diese sind namentlich im Strafrecht eingeübt worden und führen z. B. zu folgendem Standardsatz am Anfang einer Strafrechtsklausur:
Es ist zu prüfen, ob sich der A durch die Wegnahme der Brieftasche des B strafbar nach § 242 StGB wegen Diebstahl gemacht hat.
Die Formel „es ist zu prüfen, ob“ ist dabei so gängig, dass allein sprachliche Variationen vom Stile „fraglich ist,...“ bereits eine positive Leistung sind. Allerdings ist die Hauptmasse der Vorschläge von Schimmel und vergleichbaren Autoren nicht auf so einfache Beispiele bezogen, sondern bringt durchaus schwierigere Leistungen auf den Punkt:
Ein großer / bedeutender / gewichtiger / nennenswerter / zunehmender usw. Teil / Der überwiegende / größte Teil der Lehre / der Schrifttums nimmt an / geht davon aus, dass ... (Schimmel a.a.O., S. 81)
Es versteht sich von selbst, dass dabei Hinweise zur Grammatik gegeben werden*:*
Dagegen / Demgegenüber wird eingewandt / behauptet / geltend gemacht, dass ... (indirekte Rede – Konjunktiv! -). (Schimmel a.a.O., S. 80)
Es findet also eine sprachliche Einengung statt. Diese steht in einer Parallelität zu einer inhaltlichen Einengung. Während bezüglich der sprachlichen Einengung durchaus selbst in der Ausbildungsliteratur noch kritisch hinterfragend Andeutungen vorkommen, findet die inhaltliche Einengung keine Erwähnung. Abwegig wäre im Jurastudium z.B folgende Bearbeitung der genannten Klausur, die ich hier der Deutlichkeit wegen ausformuliere:
Gesellschaftspolitisch gesehen ist die Produktion von Trivialliteratur, die von Herzen und Schmerzen handelt, ein Unterfall der „Traumfabriken“, vergleichbar Hollywood-Filmen und TV-Serien. In einer Zeit nachlassender gesellschaftlicher Relevanz von Religionen, die die Funktion des Opiums des Volkes wahrnehmen konnten, kommt solchen Traumfabriken eine wichtige gesellschaftsstabilisierende Funktion zu. Also bekommt der V für seine gesellschaftlich nützliche Leistung zu Recht Geld.
Eine solche Bearbeitung wäre ebenso abwegig wie das Schreiben von wertenden Kommentaren, etwa als Vorbemerkung:
69
Zuerst möchte ich den Tonfall der Sachverhaltsschilderung monieren. In den Übertreibungen (z. B. der kitschige Titel mit Schmerzen und Herzen) wird ein Stück deutschen Akademikerdünkels sichtbar, von dem ich mich distanzieren möchte.
Solche Bezüge zum gesellschaftlichen Hintergrund oder zur individuellen Problemsicht sind – verkürzend gesprochen – tabu, genauso wie etwa ein individuelle Distanzierung von Akademikerdünkel, der im Klausurtext spürbar wird (z.B.: "Band 137" signalisiert: immer derselbe Inhalt!).
Eine weitere Regel mit außerordentlich weitergehender Befolgung lautet: Das Wort „ich“ ist zu vermeiden! Der Richter entscheidet, der Rechtsanwalt plädiert, aber die Vorbereitung auf solche Berufspraxis geschieht unter strikter Verdrängung des Subjekts. Die schon zitierte Standardformel "Es ist zu prüfen, ob..." lässt auch die Frage danach offen, wer denn jenes „es“ ist, wer die Kommandogewalt über denjenigen hat, der nun in die Arbeit des Prüfens eintritt. Ein besonders zynisches, aber in der Ausbildung bei Studierenden sehr beliebtes Buch sagt hierzu:
Wir schreiben nie: „Ich bin der Auffassung ... Statt dessen quälen wir uns über ein „Richtigerweise ist hier festzuhalten ...“ bis zu einem „Man muß also festhalten, dass ...“. Ich glaube, dass die Vermeidung des Wortes „ich“ damit zu tun hat, dass die Vermeider sich vor der Verantwortung drücken. Darin haben die Deutschen viel Erfahrung. (Braunschneider 2000, S. 44 f).-
Diese Kritik hat ist folgenlos geblieben, und die Sprachkonventionen haben einen wichtigen Anteil an der Grenzziehung zwischen Juristen und anderen Menschen.
Exempel II: Anfängerfälle in der Zwickmühle Irrealität/Wertungsproblematik.
Die folgenden zwei Fälle stammen aus Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB – Allgemeiner Teil, Beck Verlag, München 2004. Der Kollege Fritzsche ist 1963 geboren und seine moderne Fallsammlung ist in jeder Weise geeignet, exemplarische Aussagen zuzulassen.

Studentin Sandra (S) hat den ganzen Tag in der Bibliothek an ihrer Hausarbeit gebastelt. Gegen 19.30 Uhr spürt sie eine unangenehme Leere in der Magengegend. Um dagegen ohne großen Zeitverlust etwas zu unternehmen, sucht sie einen in der Uni aufgestellten Warenautomaten auf, der ein reiches Angebot an Schoko- und ähnlichen Riegeln enthält. Sandra entschließt sich zum Erwerb eines Schokoriegels der Marke „Pappsüß". Auf der Wahltaste für diesen Riegel steht: „Pappsüß – 0,50 €. Sandra wirft eine entsprechende Münze in den Automaten und drückt die besagte Taste. Es kracht und scheppert, doch heraus kommt nichts. Auch das Drücken auf die Geldrückgabetaste führt zu keinem Erfolg. Zufällig kommt der Automatenaufsteller Amberger (A) des Weges, um dem Automaten die Tageseinnahmen zu entnehmen und ihn aufzufüllen. Sandra erläutert ihm das Geschehene und verlangt einen Schokoriegel „Pappsüß". Amberger hat solche Riegel nicht dabei, und in dem Automaten sind auch keine mehr. Er will daher die 0,50 € zurückzahlen, doch Sandra besteht auf der Lieferung eines Schokoriegels. Wer hat Recht?

Der Sandra-Fall ist gekennzeichnet durch Irrealität. Er hat folgende typischen Eigenschaften:

1. Es geht um sehr wenig, nämlich um 50 Cent und eigentlich um noch weniger.

2. Das angebliche Alltagsgeschehen wird zum Fall dadurch, dass ein großer Zufall eintritt: Der Automatenaufsteller kommt in Person genau dann vorbei, wenn Sandra Schwierigkeiten hat.

3. Sandra ist schwachsinnig. Sandra hat einerseits Hunger, und andererseits versteift sie sich darauf, etwas zu wollen, was nun mal nicht da ist. Wenn ich Hunger habe, nehme ich meine 50 Cent und schaue mich um, was ich bei welchem Automaten oder bei welcher Döner-Bude dafür bekomme. Richtig wäre die Anwendung von § 105 Abs. 2 2. Variante BGB.

Fazit: Die Kombination von Bagatelle, Zufall und Schwachsinn hat nur eine Erklärung: Der Anfänger im BGB beschäftigt sich mit Vertragsschluss und deshalb müssen Fälle mit aller Gewalt so konstruiert werden, dass es um primäre Ansprüche geht. In der Realität geht es aber ganz überwiegend um Sekundär-Ansprüche, und es gibt wenig Zufälle, und wer Hunger hat, benimmt sich anders als Sandra. Die Frage nach der Gerechtigkeit des Ergebnisses lässt sich überhaupt nicht stellen. Selbstverständlich würde kein normaler Mensch und niemand, der Jura studiert, so handeln wie Sandra. Eingeübt wir der Unernst der Entscheidungssituation, die Sicherheit, dass die Entscheidung getroffen werden muss (in der Ausbildung aus den Zwängen der Ausbildung heraus), aber dass man kalten Blutes so oder anders entscheiden kann, auch wenn es nach dem Text der Aufgabenstellung
70
um die Belange einer Kommilitonin zu gehen scheint. Erträglich gemacht wird das alles durch eine bemühte Lustigkeit, die mithilft, sich auf Fälle als geschlossene fiktive Sinnsysteme einzulassen.

Was lernt der Studierende der Rechtswissenschaft im ersten Semester durch den Sandra-Fall? Verlernt wird, aus seiner eigenen Lebenspraxis heraus vernünftige Erwägungen anzustellen und in angemessene soziale Problemlösungen zu giessen. Man stelle sich etwa folgenden Lösungstext vor, wenn der Sandra-Fall als Klausur gestellt wäre: „Mir ist es auch schon öfters passiert, dass ich Münzen in einen Automaten geworfen habe und weder die Ware herauskam, noch die Münze zu bekommen war. Da hat schon öfters ein wiederholtes Drücken des Rückgabeknopfes geholfen und kein Faustschlag an die Seitenwand des Automaten. Deshalb soll Sandra doch froh sein, wenn sie ihre Münzen zurückbekommen hat und damit zur nächsten Pommes-Bude gehen kann. Die Lösung des Falles besteht darin, dass man ihr rät, etwas anderes zu essen". Positiv lernt der Studierende aber etwas ganz anderes, nämlich eine untergründige Anforderung der Institution. Wenn der Sandra-Fall als Anfänger-Klausur mit 120 Minuten Bearbeitungszeit gestellt worden ist, dann muss die Lösung ungefähr so aussehen, dass man als Anfänger sie in 110 Minuten ausdenken und schreiben kann und dann den Text noch einmal lesen kann. Eine Lösung, die so kurz ist wie die eben ausformulierte, ist in doppelter Weise falsch. Sie ist nicht nur unjuristisch, sondern sie ist auch außerhalb des rechtswissenschaftlichen Ausbildungssystems, in dem die Zeitbegrenzung vorgibt, wie viel Text gut und richtig als juristische Problemlösung sind. Wer länger nachdenken will, bekommt in der Note bescheinigt, dass er kein guter Jurist ist. „Falsche Zeiteinteilung – mangelhaft!" Das gilt dann auch für die Examensklausuren, deren Benotung durchaus steuernde Wirkung dafür hat, ob der Absolvent dieser Ausbildung den Richterberuf erwerben kann oder „höchstens" Anwalt wird, oder ob er gar nach zweimaligem Durchfall zur Kenntnis nehmen muss, dass er nie Jurist geworden ist.

Hinsichtlich des Examens hat es immer eine gewisse Diskussion über die Didaktik der Prüfung gegeben, und in dieser sind die Klausuren gerechtfertigt worden durch die Behauptung, sie entsprächen in ihrer Zeitbegrenzung einer realen Arbeitssituation von Juristen in der Praxis. Das ist Unsinn, weil die Situation der Examensklausur in der Praxis nie vorkommt. Es ist völlig unmöglich, dass man sich 5 Stunden lang mit Norm-Problemen beschäftigt, ohne ein einziges Mal einen Kommentar nachzuschlagen, oder Rechtsprechung in einer Datenbank zu recherchieren. In der Klausur lernt man nicht, gute juristische Arbeit zu leisten, sondern man wird Jurist.-

Die Frage ist nun, ob man der Schwierigkeit entkommen kann, wenn man sich an

Bundesgerichtshofsentscheidungen anlehnt. Sind Praxisfälle dazu angetan, dass der Studierende die Wertungen der Rechtsordnung in ihrer Gerechtigkeit für soziale Probleme durchdenkt. Dafür steht bei Fritzsche ein Fall im Anschluss an BGH, NJW. 1984, 2279, gekürzt, wiederholt als Fall mit Verweis auf Rüthers und Stadler *(Bernd Rüthers und Astrid Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 13. A., § 17 Rz 5)*
Die Klägerin hatte von ihrer Kundin, der Firma S, verlangt, Bankbürgschaften zur Sicherung aus Lieferungen herrührender Verbindlichkeiten beizubringen. Das sagte der Geschäftsführer der S auch zu. Er nahm einen von der Kl. am 4. 9. 1981 ausgestellten, auf die S gezogenen Wechsel über 259046,83 DM für diese Firma an. Am 8.9.1981 richtete die Bekl. Sparkasse folgendes Schreiben an die Kl.: „Unsere Bürgschaft in Höhe von 150000 DM zugunsten Firma S-GmbH-M. ... zugunsten der Firma S-GmbH, M. haben wir gegenüber Ihrer Firma die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 150000 DM übernommen. Wir wären Ihnen für eine kurze Mitteilung sehr verbunden, wie hoch sich die Verpflichtungen der Firma S-GmbH bei ihnen derzeit belaufen ...". Die Kl. antwortete unter dem 17.9.1981: „Wir danken für Ihr Schreiben vom 8.9.1981 und haben gerne zur Kenntnis genommen, dass Sie gegenüber der Firma S-GmbH ... die selbstschuldnerische Bürgschaft gegenüber unserer Firma in Höhe von 150000 DM übernommen haben. Unsere Forderungen an die oben genannte Firma betragen 236102,54 DM". Am 24.9.1981 schrieb die Bekl. an die Kl.: „Zu Ihrem Schreiben vom 17.9.1981 teilen wir Ihnen mit, dass wir an Sie gegenüber S-GmbH-M keine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 150000 DM übernommen haben. Die in Ihrem Schreiben angeführten Ausführungen treffen daher nicht zu ...". Nachdem die Kl. am 28.9.1981 auf den Widerspruch zu dem Schreiben vom 8.9.1981 hingewiesen hatte, entgegnete die Bekl. unter dem 6.10.1981: ...". Bei dem Schreiben vom 8.9.1981 ging unsere Zweigstelle davon aus, dass gegenüber der Kl. eine Bürgschaft besteht. Diese Annahme beruhte auf einem Irrtum. Im Dezember 1980 war auch die Übernahme einer Bürgschaft gegenüber der Firma A im Gespräch. Diese Bürgschaft kam jedoch nicht zustande. Nachdem unsererseits gegenüber der Firma A keine Bürgschaftsverpflichtung besteht, können wir die von Ihnen geforderte Zahlung nicht leisten ...". Mit Schreiben vom 17.11.1981 focht die Bekl. „eine etwa erteilte Bürgschaftserklärung nochmals wegen Irrtums vorsorglich an".

71

Das Beispiel ist gekennzeichnet durch große Wertungsschwierigkeiten; es zeigt folgende typische Eigenschaften:
Der Fall ist bereits in der Lektüre für Anfänger sehr kompliziert.
Die Entscheidung darüber, ob derjenige, der über eine Bürgschaft unvorsichtig redet, dann auch als Bürge zahlen muss, ist dogmatisch sehr schwierig. Selbst der Leitsatz der BGH-Entscheidung ist nach allgemeiner Meinung mit einem deutlichen Fehler behaftet. In der Hauptlinie fällt die Entscheidung des BGH und dann auch die Musterlösung bei Fritzsche durch die Interpretation sehr offenen und schwierigen Tatbestandsmerkmals. Die Lösung des BGHs, die Fritzsche als Standardlösung vorgibt, lautet nämlich: Einerseits liegt eine Willenserklärung vor, aber andererseits hätte der Erklärende diese deutlich und unverzüglich anfechten können und damit sich vor der Zahlungspflicht in Höhe von 150.000 schützen können. Jetzt ist die Frage, was im Geschäftsverkehr „präzise" und „unverzüglich" ist. Auf welcher Wissensbasis sollen die Abiturienten nach Ableistung des Wehrdienstes die Anforderungen zu Schnelligkeit und Präzisionsgrad von kaufmännischen Schreiben begründen? Und auf die guten Argumente kommt es schließlich an, so hört man immer.
Dazu kommt Gravierenderes: Ob die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gerecht war, haben nur die Richter sicher beurteilen können. Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder hat der, dem hier eine Bürgschaft und damit letztendlich 150.000 € in den Schoß gefallen sind, quasi einen Lotteriegewinn gemacht und sein Reichtum ist ohne seine Arbeit und sein Zutun erstaunlich vermehr worden. Oder es könnte so gewesen sein – aber das weiß man nicht und kann man als Bearbeiter einer solchen Aufgabe nicht wissen –, dass eine sofortige und präzise Anfechtung den Geschäftspartner in den Stand versetzt hätte, sich rechtzeitig auf andere Weise zu sichern und durch diese Mühewaltung am Ende den gleichen ökonomischen Effekt zu erzielen, wie ihn die Wirksamkeit der Bürgschaft gebracht hätte. Wenn das so war, dann spricht das für das Ergebnis des Bundesgerichtshofs. Für den Bearbeiter des Falls bleiben entscheidende Fragen offen, und er lernt, ohne Rückfrage zu entscheiden.
Reale Fälle haben einen für Anfänger hohen Komplexitätsgrad und für eine umfassende Diskussion sind dann typischerweise die Angaben immer noch nicht ausreichend. Die Entscheidungen benötigen Hintergrundwissen, dass man nicht einfach voraussetzen kann. Der Studierende lernt, eigene Wissenslücken zu übergehen und trotzdem zu begründen.
Fazit: Der Bürgschafts-Fall ist die Kehrseite der Medaille Sandra-Fall. Beide Male werden Gewohnheiten eingeübt, die den „fertigen Juristen" vom „Laien" trennen.

Exempel III: Anknüpfung an ein reales Alltagsgeschäft?

Das Beispiel für ein Alltagsgeschäft, das nicht ganz einfach und deshalb kulanzgesteuert ist, und das an die Lebenswelt der Studierenden anknüpft, ist der Kauf eines Buches bei Amazon. Da gibt es selbstverständlich Allgemeine Geschäftsbedingungen. Hier einige Auszüge:
Für die Geschäftsbeziehung zwischen Amazon.com Int'l Sales, Inc. (nachfolgend Amazon.de) und dem Besteller gelten ausschließlich die nachfolgenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer zum Zeitpunkt der Bestellung gültigen Fassung. Abweichende Bedingungen des Bestellers erkennt Amazon.de nicht an, es sei denn, Amazon.de hätte ausdrücklich schriftlich ihrer Geltung zugestimmt. Amazon.de ist der Handelsname für Amazon.com Int'l Sales, Inc. und Amazon Services Europe S.a.r.l.
Ihre Bestellung stellt ein Angebot an uns zum Abschluss eines Kaufvertrages dar. Wenn Sie eine Bestellung bei Amazon.de aufgeben, schicken wir Ihnen eine E-Mail, die den Eingang Ihrer Bestellung bei uns bestätigt und deren Einzelheiten aufführt (Bestellbestätigung). Diese Bestellbestätigung stellt keine Annahme Ihres Angebotes dar, sondern soll Sie nur darüber informieren, dass Ihre Bestellung bei uns eingegangen ist. Ein Kaufvertrag kommt erst dann zu Stande, wenn wir das bestellte Produkt an Sie versenden und den Versand an Sie mit einer zweiten E-Mail (Versandbestätigung) bestätigen. Über Produkte aus ein und derselben Bestellung, die nicht in der Versandbestätigung aufgeführt sind, kommt kein Kaufvertrag zu Stande.
Der Vertrag kommt mit Amazon.com Int'l Sales, Inc. zu Stande.
Amazon.de bietet keine Produkte zum Kauf durch Minderjährige an. Auch unsere Produkte für Kinder können nur von Erwachsenen gekauft werden.
Die gelieferte Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung im Eigentum von Amazon.de.

72

Welche typischen Beobachtungen kann man daran machen?
1. Die dogmatisch elementare Trennung von Vertragsabschluss und Vertragserfüllung wird verwirbelt. Sie wird in der Weise variiert, dass die expliziten Erklärungen noch kein Vertragsabschluss sind und der Vertragsabschluss in der Erfüllungshandlung selbst stattfindet.
2. Selbstverständlich gilt die heilige Kuh der Juristenausbildung, das Abstraktionsprinzip, nicht. Die Kaufpreiszahlung bewirkt den Eigentumsübergang.
3. Der Minderjährigenschutz vom 1.1.1900 mit den Komplikationen der §§ 106 ff. wird rechtlich beiseite geschoben.
4. Vervollständigt wird das Bild durch die Tatsache, dass dem Geschäftspartner von Amazon in den AGBs mitgeteilt wird, mit wem er seinen Vertrag schließt.
Fazit: Der Anfänger, der gleichzeitig die Dogmatik des Allgemeinen Teils des BGBs verstehen soll und die AGBs von Amazon, wird von diesem Spagat typischerweise überfordert sein.
Selbstverständlich liesse sich das Spannungsverhältnis in der Weise auflösen, dass man in der Juristenausbildung folgendermassen vorgeht: Man erzählt den realen Ärger, den man mit Amazon hatte und bittet dann die werdenden Juristen, im Hin und Her zwischen AGBs und Sachverhalt für eine Konfliktlösung zu argumentieren. Diese Möglichkeit wird in der deutschen Juristenausbildung hartnäckig ausgeblendet, denn solches Argumentieren wäre das Verhalten eines normalen Menschen, nicht eines Juristen.

73

Kap. 11

Richterliches Entscheidungsverhalten real

Zum Konzept der Darstellung

Richterliches Entscheidungsverhalten ist als Thema sehr abstrakt und sehr komplex. Wenn man die daraus resultierenden Gefahren vermeiden will, dann muss man einzelne Geschichtserzählungen exemplarisch interpretieren. Im Folgenden wird mit einer längeren Reihe von Zitaten aus Rüdiger Lautmann *(Rüdiger Lautmann Justiz – Die stille Gewalt, Frankfurt 1972)*, gearbeitet. Sie belegen Thesen zum realen richterlichen Entscheidungsverhalten. Ausserdem sollen diese Zitate den, der noch nicht Praktiker ist, dazu animieren, möglichst viele Prozesse im Privatleben und in den Medien wahrzunehmen und zu analysieren. Der Vergleich von einerseits juristischem formellem Programm und dogmatischer Routine und andererseits realem, quasi alltäglichem Entscheidungsverhalten kann beim Blick in Tageszeitung und TV fortgeführt werden. Der Text soll Lust machen, selbst über Berichte aus der Wirklichkeit des Rechts nachzudenken. Deshalb steht am Schluss auch der Hinweis auf eine andere Quelle solcher wissenschaftlich aufgearbeiteter Praxisberichte, die zu eigenem Nachdenken Stoff geben.

Vorbemerkungen zu Lautmann als Ereignis der deutschen Justizgeschichte

Lautmanns Untersuchung hat aber eine Sonderstellung, die Vorbemerkungen verlangt, und zwar in verschiedenen Hinsichten.

Lautmann hat längere Zeit als Richter gearbeitet und dabei als Soziologe mit der soziologischen Methode „Teilnehmende Beobachtung“ empirisch geforscht. Eine Fülle von Ergebnissen wurde dadurch möglich, dass seinerzeit ein Oberlandesgerichtspräsident Wassermann diese Forschung unterstützt hat, in dem er für einen schnellen Wechsel der Gerichte gesorgt hat, in denen Lautmann mit anderen Richtern tätig war. Lautmann hat zeitnah Protokolle von einzelnen Situationen geschrieben, die ihm für die Beschreibung richterlichen Entscheidungsverhaltens wichtig waren. Im wesentlichen hat er seine Doppelrolle als Richter und Institutionsangehöriger einerseits und als Forscher und Protokollant andererseits vor denen geheim gehalten, mit denen er umgegangen ist. Er entsprach damit einem Erfordernis der soziologischen Methode.
Das ist nun der erste Aspekt, den man im Umgang mit Lautmanns Protokollen kennen muss. Die Tatsache, dass Lautmann seine Rolle als Beobachter nicht offen gelegt hat, hat in der Diskussion seiner Forschungsergebnisse vielfach den Vorwand für eine pauschale Ablehnung und Ignorierung geliefert. Es gab sehr viele Juristen, die die Inhalte gar nicht zur Kenntnis genommen haben und statt dessen sich darüber erregt haben, dass Lautmann als Richter seine Kollegen hintergangen habe.
Dazu wird man nun mehrere Argumente bedenken müssen. Ganz prinzipiell gilt, dass in der Geschichte der Wissenschaft als Aufklärung der Menschheit über sich selbst immer wieder der Bruch geltender Regel notwendig war.
Die klassische historische Anekdote dazu lautet: Die realitätszugewandten Chirurgen der ausgehenden Renaissance brauchten Leichen, um die Realität der menschlichen Anatomie kennen zu lernen, und sie stahlen diese entgegen den kirchlichen Verboten von Friedhöfen. Historisch ist natürlich alles viel vielfältiger, vgl. Anna Bergmann, Der entseelte Patien – Die moderne Medizin und der Tod, Berlin 2004, zB S. 140.
Wissenschaft hat ihre eigenen Anforderungen und sie muss sich manchmal antizipativ über gesellschaftliche Regeln hinwegsetzen, die sich später unter dem Eindruck ihrer Ergebnisse so wie so veränderten. In der zweiten Linie ist die generelle Debatte über die Vertraulichkeit von irgendwelchen Situationen und u. a. der richterlichen Beratungssituation zu erwähnen. Gab es denn wirklich Anlass, die Veröffentlichung nicht zu wollen, und wie interpretierte derjenige, der die Veröffentlichung für einen Skandal hielt, die protokollierten Äußerungen der Richter in den Beratungssituationen? Die Ablehnung der Methode der teilnehmenden Beobachtung basierte auf schlechtem Gewissen. Selbstverständlich war das Ergebnis von Lautmann, dass die Prozessordnung nicht das einzige Reglement richterlichen Handelns und Kommunizierens war und dass die juristische Dogmatik nicht allein das materielle Entscheidungsprogramm ist. Das erfährt aber auch jeder, der an einem Juristenstammtisch Richter hat über ihre Fälle sprechen hören. Die methodisch kontrollierte Form von Lautmann hat nur nachvollziehbar gemacht, was jeder Kenner der Institution immer schon wusste.
74
Hinzuweisen ist noch darauf, dass sich seit Lautmanns Forschung die Situation in der juristischen Praxis nicht so geändert hat, dass die Ergebnisse Lautmanns veraltet wären. Das Nebeneinander vom formellen Programm und einer beschreibbaren realen Praxis ist geblieben.

Teilnehmende Beobachtung als soziologische Methode und das generelle Methodenproblem

Als Methode ist teilnehmende Beobachtung das, was der Name sagt. Jemand, der die Realität innerinstitutionellen Geschehens untersuchen will, geht in die Rolle eines Institutionsangehörigen, dessen Fähigkeit als Praktiker der Forschung dahin besteht, sein Erleben in überschaubare und aussagekräftige Protokolle zu fassen. Dazu muss er natürlich vorgängige Fragestellungen haben. Seine Hypothesen bestimmen die Wahrnehmung mit.
Man kann nun die Ergebnisse dieser Forschung ablehnen, in dem methodische Bedenken geltend gemacht werden. In der Tat handelt es sich wie bei einem naturwissenschaftlichen Experiment letztendlich um eine spezifisch zugerichtete Wahrnehmung. Aus der Wissenschaftstheorie ist die Anforderung geläufig, dass die Ergebnisse von Beobachtungen überprüfbar sein müssen. Bei naturwissenschaftlichen Experimenten wird dies gewöhnlich in die Form gekleidet, diese müssten wiederholbar sein für jeden anderen Forscher. Es ist aber völlig klar, dass nicht ein halbes Dutzend weitere junger Soziologen mit der Doppelqualifikation Diplomsoziologe/Richterreife von einem Oberlandesgerichtspräsidenten durch zahlreiche Gerichte geschleust werden können. Die Forschung Lautmanns ist praktisch unwiederholbar. Man kann nur auf Grund anderer Seriositätskriterien Lautmann glauben, dass er gehört hat, was er aufgeschrieben hat. In der Tat ist die Anforderung der Wiederholbarkeit ein Artefakt einer bestimmten Praxis der Forschung. Sie ist eine Regel, die Ausnahmen erlauben muss. Auch für die Naturwissenschaft, aus der diese Anforderung stammt, gilt: Der Forscher muss sich mit einem Kugelblitz beschäftigen können oder einer Supernova, auch wenn diese für seinen Forscherkollegen nicht beliebig reproduzierbar sind.
Die Legitimität von teilnehmender Beobachtung als Methode wird nicht dadurch gewährleistet, dass ihre Ergebnisse wahr sind, sondern dadurch, dass sie ihre Ergebnisse so wahr wie möglich sind. Ganz allgemein ist festzuhalten, dass es eine unaufhebbare Differenz zu dem Phänomen und seiner

Beobachtung gibt.
Zu diesem allgemeinen Problem der Methode kann man folgende Reihe aufmachen:
Ein Forscher versucht über Richter etwas zu erfahren, in dem einen kurzen Fragebogen mit schnell beantwortbaren Fragen (Beruf des Vaters, Einkommen der Ehefrau etc.) an 10.000 Richter verschickt. Es wird eine vergleichsweise hohe Rücklaufsquote geben und man kann mit einiger Hoffnung auf Rücklauf denselben Fragebogen 3 Jahre später vom neuen verwenden.
Ein Forscher könnte ein Fragebogen mit den genanten Fragen und sehr viel schwierigeren anderen verschicken. Dann kann man z. B. niedrige – mittlere - hohe Zustimmung zu dem Satz erfragen, dass Mütter sich im Zweifel besser um ihre Kinder bekümmern können als Väter. Von einem solchen Fragebogen weiß man vorher, dass die Rücklaufquote niedriger ist, und dass man auch schon gar nicht so viele verschicken kann, weil eine unendliche Masse von Daten gar nicht verarbeitet werden kann.
Man kann eine kleinere ausgesuchte Gruppe von Richtern mit einem seelenmassierenden Begleitbrief einen fiktiven Fall versenden und dessen Lösung erbitten. Wenn man sinnvolle Ergebnisse will, dann muss man höchst zeitaufwendige Nachbefragung vorsehen, wie dies Drosdeck u. a. gemacht haben. Derjenige, der die Ergebnisse nicht wahr haben will, wird immer noch einen Einwand haben: Der Fall war fiktiv, und das Entscheidungsverhalten von Menschen in der Ernstsituation und in der Fiktion könnte es sich in relevanter Weise unterscheiden.
Der teilnehmende Beobachter beobachtet Entscheidungen in der Echtzeit der (eben nicht fiktiven!) Praxissituationen. Wer seine Ergebnisse nicht wahrhaben will, wird auf die Prägekraft der Hypothese hinweisen, auf die Subjektivität der Wahrnehmung, auf die Unwiederholbarkeit der Forschung.
Diese Einwände sind seitenverkehrt dieselben Einwände, die gegen den Schluss von einfachen Daten auf richterliches Entscheidungsverhalten anzubringen sind. Was sagt es über das Entscheidungsverhalten der Richter in konkreten Fällen aus, wenn man von einer großen Masse von Richtern weiß, zu welcher Einkommensklasse ihr Vater gehört hat? In dieser Verkürzung ist die Antwort klar: Nichts.
Wie immer man es anfängt, jedenfalls führt keine soziologische Methode zu der Sorte von objektivem Wahrheitsbeweis, die man sich in den Naturwissenschaften des ausgehenden neunzehnten Jahrhunderts vorstellte (und die moderne Naturwissenschaftler für nicht möglich halten).
75
Die Forschung zu richterlichem Entscheidungsverhalten ist also darauf angewiesen, möglichst viele Beobachtungen zu machen und ferner möglichst mit verschiedenen Methoden zu arbeiten und durch die Interpretation von beobachteten Daten Ergebnisse vorzuschlagen, die sich möglicherweise mit den Ergebnisse anderer Forschungen mit anderen Methoden in ein plausibles Gesamtbild zusammenfügen. Die Plausibilität kann im Laufe der Zeit und der weiteren Forschungen wachsen.

Der juristische Bezugspunkt: Das Subsumtionsmodell

Lautmanns protokollierte teilnehmende Beobachtung säte Zweifel gegenüber der Realität des Entscheidungsmodells, das jene Juristen in ihrer Ausbildung internalisiert hat. Dieses Entscheidungsmodell hat sich bis heute flächendeckend behauptet und es lässt sich kurz folgendermaßen charakterisieren:
Dem deutschen Richter wird eine Entscheidungssituation von außen (typischerweise von den Parteien, im Strafrecht letztlich vom Angeklagten und dann von der Staatsanwaltschaft) vorgegeben;
von da ab läuft ein formales Programm im kleinteiligen Wechsel von Prozessrecht und materiellem Recht;
das Prozessrecht mit den Einteilungen Öffentliches Recht, Zivilrecht, Strafrecht gibt z. B. die Zuständigkeit des Gerichtes vor;
in der am stärksten bewusstseinsbildenden Rubrik, dem Zivilrecht, werden die Schritte im Gedankengang durch die Relationstechnik vorgegeben (Klägerstation, Beklagtenstation, Beweisstation usw.);
eingeschlossen in diese Gedankenschritte sind die materiellrechtlichen Prüfungen einer überschaubaren Zahl von Anspruchsgrundlagen, die aus der Textkenntnis des Gesetzes heraus in überschaubarer Zahl angebbar sind;
jede Anspruchsgrundlage enthält in Tatbestand und Rechtsfolge Tatbestandsmerkmale im Gesetz und ferner auch in der Dogmatik;
wo diese nicht völlig unproblematisch sind, kommt der methodische Abzählreim zur Geltung: wörtliche Auslegung, systematische Auslegung, historische Auslegung, teleologische Auslegung und Analogie;
auf jeder der Ebene kann der Richter zu einer Wertung gezwungen sein, aber Wertungen erfolgen an ausweisbaren Stellen des feststehenden Grundgerüstes und sind dadurch quasi domestiziert.

Diese Grundannahmen der deutschen dogmatischen Rechtswissenschaft hatten rechtswissenschaftsinterne Erschütterungen überlebt. Die Freirechtsschule hatte man mehr oder minder ablaufen lassen, eine Lehre aus der nationalsozialistischen Zeit war nicht gezogen worden, ein so systemverträglicher Vorstoß wie der Hinweis auf Topik als Suchverfahren im Prozess der Problemlösung war im wesentlichen Thema eines engen Kreises von Rechtstheoretikern, die die Dogmatik nicht beeinflussten. Im Vergleich dazu hatten die Ergebnisse teilnehmender Beobachtung ein reinen reißerischen Flair, also ungefähr entsprechend der Formulierung „Die Wahrheit über ...!“

Die Thesen

Jene Wahrheit lässt sich in einigen Thesen fassen:

1. Juristisches Entscheiden ist auch in seinem paradigmatischen Fall, beim richterlichen Entscheiden nämlich, analysierbar wie Entscheiden überall sonst. Die allgemeine soziologische Entscheidungstheorie mit ihrer Aufgliederung und unterscheidbaren Vorgängen ist als Kategoriengebäude aus dem Alltag abstrahiert und trotzdem eine plausible Darstellungsfolie.

2. Auf allen Ebenen (Faktenselektion, Normenbehandlung, Nachprozesse etc.) sind erhebliche Entscheidungsspielräume zu registrieren für die typischerweise nicht nur ein einziges Entscheidungsprogramm zur Verfügung steht. Der Richter kann sich an formalisierten Informationen gebunden betrachten, er kann aber auch auf seine eigenen Alltagstheorien zurückgreifen. Der Richter kann Recht und Gesetz und damit Rechtssicherheit beschwören, aber er kann auch fallweise „pragmatisch“ handeln. Feste Regeln für den Übergang von der einen zur anderen Programmstruktur oder für die vorgängige Auswahl des in der Entscheidungssituation befolgten Programms sind nicht erfahrbar.

3. Es gibt zwar keinen festen Kodex von wirklich steuernden Normen oder von zulässigen Regeln für das Umgehen mit Fakten, aber für den teilnehmenden Beobachter ist jedenfalls der

76

Anteil von Entscheidungserwägungen überraschend hoch, die rückbezüglich sind auf die institutionellen Begebenheiten und das Personal der Justiz selbst. –

Gerade an der letzten Beobachtung zeigt sich noch einmal sehr deutlich, weshalb Lautmanns Protokolle als Angriff auf die Justiz missverstanden werden muss. Wie immer man den oben skizzierten idealisierten Selbstbild richterlichen Handelns den Vorgang der Wertung verortet, sicher ist jedenfalls: Das offizielle Curriculum der Juristenausbildung bezieht Wertung immer nur auf die Konfliktparteien und sonstige Umwelt. An dieser Stelle sind es typischerweise die Repetitoren, die für Geld die wirkliche Juristenausbildung betreiben, die die „Wahrheit über das dogmatische Falllösen“ verkünden. Bei den Repetitoren erfährt man, dass man in der Klausursituation die Gedankengänge des Aufgabensteller nachvollziehen muss und zu dem schreiben muss, was der Aufgabensteller offenbar als Problem behandelt haben wollte. Hier wird auch die Anpassung an die übrigen materiellen Gegebenheiten eingeübt (z. B. Klausurdauer 120 Minuten), die sich bei einer freien wertenden Problembearbeitung keineswegs von selbst verstehen. Institution und darin tätige Personen geben vor, was vom werdenden Juristen an Nachdenken verlangt ist.

Das allgemeine Entscheidungsmodell

Rüdiger Lautmann hat den damaligen Stand der soziologischen Entscheidungstheorie soweit abstrahiert, dass man seine Zusammenfassung getrost für aktuelle Diskussionen übernehmen kann *(Rüdiger Lautmann, aaO 14 f):*

„Soziologen charakterisieren den Ablauf von Entscheidungsprozessen oft durch Angabe von Phasen….

In der ersten Phase wird das Problem identifiziert; der Richter klärt, ob und worüber er zum Urteil angerufen ist.

In der zweiten Phase werden Alternativen zur Lösung gesammelt; der Richter erwägt die Möglichkeiten, zu einem Urteil zu kommen.

In der dritten Phase werden zu jeder Alternative Fakten eingeholt; der Richter ermittelt aus Schriftsätzen und Beweisaufnahmen den Sachverhalt.

In der vierten Phase werden die normativen Prämissen betrachtet; der Richter überlegt, ob die Alternativen rechtlich zutreffen.

In der fünften Phase wird eine Alternative ausgewählt; der Richter entschließt sich zum Urteil.

In der sechsten Phase wird die gewählte Alternative ausgeführt; das Urteil wird verkündet, begründet und zugestellt.

In der siebten Phase schließlich finden diverse Nachprozesse statt (post-decision-process); der Entscheider erlebt und reduziert Dissonanz, empfängt Kritik, lernt für künftige Entscheidungen. -

Keineswegs immer sind diese sieben Phasen getrennt oder laufen in der angegebenen Reihenfolge ab; oft kehrt der Entscheider zu früheren Phasen zurück und überspringt andere.

Die Phasen ergeben nicht mehr als ein deskriptives Schema, das komplizierte Entscheidungen überschaubar und Teilprozesse klassifizierbar macht."
Lässt man als Leser dieses Schema durch Vergleich mit alltäglichen Situationen auf sich wirken, dann kann man Realismus konstatieren. Das macht die Differenz zu der juristischen Entscheidungsdarstellung noch deutlicher, die einer bestimmten normativen Konzeption folgt. Tatsächlich kann man angesichts der Gesamtheit von Lautmanns Protokollen nicht leugnen, dass sich in dem Schema juristisches Entscheiden plausibel und bruchlos abbilden lässt. Soweit Lautmann selbst zum Thema Problemidentifikation kein Material beibringt, lässt sich das aus einer anderen Quelle nachholen.

Faktenermittlung entsprechend dem normativen Programm

Fakten unterliegen einem normativen Programm. In der Hauptsache sind sie gebunden an Zeugenvernehmung, Gutachten, Urkunden. Das wird in der formalisierten Faktenermittlung auch durchgehalten. Das Programm verlangt weiterhin Unbefangenheit im Umgang mit den Ermittlungsergebnissen. Die Berufung auf dieses Programm ist eine wichtige Variante im Umgang mit Problemfällen:

77

(Rüdiger Lautmann, a.a.O 50 f. Prot. 5) Ehescheidung. Der Ehemann hatte einen Privatdedektiv beauftragt, Informationen zu beschaffen. Der Detektiv hat in das Telefon der ehelichen Wohnung ein zweites Mikrophon eingebaut und darüber Ferngespräche abgehört. Richter M. hat in einem Einzelrichtertermin den Detektiv nicht vernommen, obwohl dieser anwesend war. M. meint, solches Beweismaterial dürfe nicht verwendet werden. Der (erfahrenere) Richter S. ist damit nicht einverstanden: Die Kammer hat zu entscheiden, ob die Aussage verwertet wird. Deswegen war der Zeuge zu hören. Wenn die Kammer nun zum Ergebnis kommt, dass das Beweismittel zulässig ist, dann muss der Zeuge ja doch noch vernommen werden. Wir wenden hiergegen ein, dass man beim Entscheiden wohl kaum über eine Beweisaufnahme hinwegsehen kann, wenn sie erst einmal in der Akte ist; aber dies überzeugt S. nicht.

Das normative Programm gibt vor, was zur Sache gehört und was nicht. Auch das wird praktisch. Lautmann *(Rüdiger Lautmann a.a.O. 60 Prot. 29)* berichtet von dieser Abstraktion als wichtigem Handlungsmuster:

Eine Frau hat, ziemlich ahnungslos, für hohe Geschäftsschulden ihres Mannes die Mithaftung übernommen. Der Mann ist gestorben, Vermögen ist keines da. Soll die Frau nun ihr ferneres Leben lang für die Schulden des Toten arbeiten? In der Beratung betonen zwei Richter mehrfach: „Den Tod des Mannes kann man nicht berücksichtigen."

Die Ausdrücklichkeit der Bekundung lässt vermuten, dass die beiden Richter ein Ungenügen empfanden.

Wo das nicht der Fall ist, da wird auch fremde Faktenselektion, die im normativen Programm eingeschlossen ist, als problemlos hingenommen

(Rüdiger Lautmann a.a.O 63 Prot. 36) In einem Strafverfahren hat der Angeklagte angegeben, im Laufe des Tages, unmittelbar vor der Tat, ein bis zwei Flaschen Schnaps getrunken zu haben. Bei der Beratung sagt der Vorsitzende: „Sogar der Staatsanwalt hat dies zugrunde gelegt; dann können wir auch davon ausgehen."

Das Ergebnis ist dann oft der Vorrang der prozessualen vor der empirische Wahrheit. Lautmann berichtet: (*Rüdiger Lautmann* a.a.O 78 Prot. 67)

Bevor ich mein erstes Urteil in einer Strafsache verfasse, befrage ich den Vorsitzenden über einige Einzelheiten der Darstellung. Dabei rät er mir: „Wenn Sie ein Strafurteil machen, dann müssen Sie auch den Mut haben, zu sagen ‚es war so'!" Der spezielle „Mut", der hier vom Strafrichter erwartet wird, ist der Mut zur nicht intersubjektiven, zur prozessualen Wahrheit.

Konträre andere Faktenermittlungsverfahren

Von einiger Wichtigkeit sind Alltagstheorien, die nicht wissenschaftlich überprüft sind und sich meistens in der angenommenen Form einer Überprüfung nicht zugänglich sind. Lautmann notierte:

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 58 Prot. 26) „Ehescheidung: Der Mann trinkt; im Termin ist er bereits zum zweiten Male nicht erschienen. Die beiden anderen Richter wollen gleichwohl zum Urteil kommen. P.: „Alkoholiker, die sind so willensschwach, dass sie sich nicht mehr aufraffen können." K.: Die Frau geht dabei kaputt. Ich meine: So schnell wie möglich scheiden, weil Alkohol nicht zu heilen ist."

Zugleich gibt es das Phänomen der Faktenanerkennung auf Grund von nicht überprüfbaren Indizien. Solche Indizien liefert zum Beispiel die Justiz als soziales System mit Insiderkenntnissen.

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 55 Prot. 13) Meinen Vorschlag, eine bestimmte Tatsache noch zu ermitteln, obgleich sie bislang nicht vorgetragen war, lehnt Richter D. so ab: „P. ist ein guter Anwalt; wenn er mehr hätte, würde er es vortragen."

(Prot. 14) Richter F. warnt mich vor einem anderen Anwalt so: „Wenn der anfängt zu reden, dann müssen Sie die Ohren auf Durchzug stellen.“-
Nach dem normativen Programm sind Fakten und Normen „sauber“ zu trennen. Eine Vermischung entspricht alltäglichem Entscheidungsverhalten ausserhalb der Justiz und kommt nicht nur als grober Kunstfehler in richterlichen Diskursen vor. Lautmann berichtet:
(151 Prot. 200) Jemand hat einen Computerlehrgang begonnen, will aber davon loskommen, da er sich den Anforderungen nicht gewachsen fühlt. Ich argumentiere: „Vielleicht ist dies ein Irrtum über die Geschäftsgrundlage oder über Eigenschaften der Person gemäß § 119 Absatz 2 BGB, nämlich über seine Eignung für den Kurs.“ Der Vorsitzende erwidert apodiktisch: „Man
78
kann sich nicht über die eigene Person irren. Man muss doch wissen, wozu man in der Lage ist.“ Lautmann kommentiert: Hier werden deskriptive und evaluative Aspekte zu einem Argument zusammengespannt: Mit „man kann“ wird eine Faktizität behauptet, mit „man muss“ eine Normativität. –
Das ist eigentlich ein Verstoß gegen eine Grundregel, aber solche schillernden Argumente sind nicht untypisch.
Für die Bewertung der dargestellten Konkurrenz zweier Programmvarianten ist die Beobachtung wichtig, dass es keine Meta-Regel gibt, wann formalisiertes Faktenermitteln angezeigt ist und wann nicht; erst recht gibt es natürlich keine Regel dafür, wann die Vermischung erlaubt sein sollte.

Das normativ-dogmatische Programm zu Normen

Lautman (*Rüdiger Lautmann* a.a.O. 83 Prot. 70) berichtet von der Wichtigkeit der dogmatischen Konstruktion, die sich dann sehr häufig mit der Adjektiv „sauber“ verbindet. Dabei muss allerdings bewusst bleiben, dass „Konstruktion“ bereits eine Formel der Begriffsjurisprudenz ist und schon zur Zeit der berichteten teilnehmenden Beobachtung kaum jemand hätte sagen können, was Konstruktion als Tätigkeit von Gesetzesinterpretation als Tätigkeit unterscheidet.
„Drei Richter beraten eine schwierige Sache; ich sitze mit dabei. Verschiedene Möglichkeiten werden vorgeschlagen, bezweifelt und teilweise verworfen. Zwischendrin fragt der Vorsitzende mich nach meiner Meinung. Ich sage zu ihm: ‚Welches Ergebnis steuern Sie denn an? Dann könnte ich leichter Stellung nehmen.’ Der Vorsitzende erwidert: ‚Ich gehe nicht vom Ergebnis aus; ich versuche, sauber zu konstruieren und den Sachverhalt zu subsumieren.’“ Man erfährt, dass Konformität mit dem formellen Programm ist ein jederzeit abrufbares und dann durchschlagendes Argument in der richterlichen Beratung und Überzeugungsbildung.
Eine Steigerung der zur Schau getragenen Konformität mit dem dogmatischen Programm ist die Explikation der Formalitäten des Verfahrensprogramms.
(Rüdiger Lautmann a.a.O. 89 Prot. 83) Leerlaufende Formeln werden …in… Verfahren gepflegt. Solche Formeln werden beispielsweise vom Vorsitzenden gesprochen, damit sie im Protokoll aufgeschrieben werden und die Korrektheit des Verfahrensablaufs beweisen. „Die Parteien verhandelten streitig zur Sache“ – nachdem eine Seite vernommen und durchaus nicht mehr verhandelt worden war. „Die beigezogenen Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung“ – selbst wenn von diesen Akten gar keine Rede gewesen ist. „Nach Wiederherstellung der Öffentlichkeit wird das folgende Urteil verkündet“ – auch wenn nichts geschehen ist, um eine Öffentlichkeit wiederherzustellen.
Parallel dazu wird manchmal auch die Begründung nur der Form nach als Text geliefert.
(Rüdiger Lautmann a.a.O.183 Prot 257) „Diese Routinebeschlüsse werden zumeist nicht begründet; hier habe ich nur insoweit Gründe angeführt, als den Anträgen nicht stattgegeben wird. Der Vorsitzende moniert hier, und ich muss den Beschluss neu fassen. Er meint: ‚Wenn der Beschluss schon begründet wird, dann müssen Sie auch auf die Anträge, denen Sie stattgeben, eingehen – wenigstens mit je einem Satz.’“
Die zahlenmässige Angabe „ein Satz“ sagt hinreichend, was man als Bürger von der Überzeugungskraft der Begründung zu erwarten hat.
Damit wird auch die Verwendung von Präjudizien und Literatur problematisch. Werden sie nur zur Persuasion eingesetzt oder sind sie wirklich immer die Bannerträger sauberer Dogmatik? Ganz geläufig ist der zielstrebige Einsatz. Lautmann berichtet:
(Rüdiger Lautmann a.a.O. 99 Prot 108) „Die Kammer hatte ein Urteil falsch formuliert; es war irrig als Versäumnisurteil bezeichnet worden. Eine Berichtigung dieses Urteils nach § 319 ZPO scheint der einfachste Ausweg zu sein, doch passt die Vorschrift nicht recht. Richter E. sagt: „Das Versäumnisurteil muss weg. – Ich gehe jetzt zur Bibliothek, um einen Satz ´zu finden, mit dem 319 zu begründen ist.’“
Ein praktisch wichtiges Element des formellen Verfahrens ist die äussere Darstellung von Unentschiedensein bis zur Urteilsverkündung. Richter befürchten Konflikte mit der unterliegenden Partei, wenn sie ihre vorhandene Präferenz zu erkennen geben.

(Rüdiger Lautmann a.a.O.189 Prot 273) „Ein Beklagter aus der sozialen Unterschicht wehrt sich ziemlich ungeschickt gegen einen Zahlungsanspruch, der anfechtbar ist.

79

Gerichtsassessor V. will dem Beklagten einen förmlichen Hinweis geben (§ 139 ZPO), worauf es bei der Entscheidung ankommen könnte. Der Vorsitzende wendet sich strikt dagegen: ‚Sie handeln sich ein Ablehnungsgesuch der anderen Seite ein. Man muss das Ganze nicht so sehr von den Parteien her sehen. Sie müssen das aus der Sicht der Anwälte her sehen!'"

Interessant ist daran, dass jener Richter gerade die Anwälte als Angehörige der Institution Rechtswesen für eine Selbstdarstellung der Richter, die der Wahrheit nicht entspricht, verantwortlich macht; der Richter schien der Meinung zu sein, dass die Parteien akzeptieren können, wenn ein Richter halbenwegs im Verfahren sich ein Stück weit seine Meinung gebildet hat. Das müssten die Anwälte eigentlich noch viel besser wissen.

Entscheidungen ausserhalb des dogmatisch-normativen Programms

Das formelle Programm ist zwar ein jederzeit abrufbares Argument, aber es wird nicht immer abgerufen und es wird im Extremfall auch negiert. In seiner kurzen Praxis hat Lautmann auch den Fall erlebt, dass ein Richter in einem gravierenden Fall klar gegen das Gesetz entscheiden wollte.

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 167 Prot. 220) „Ein Mann ist wegen Hehlerei angeklagt, außerdem noch wegen Urkundenfälschung. Zu der Fälschung werden in der Hauptverhandlung vielleicht nicht genügend Beweismittel zur Stelle sein. Der Vorsitzende meint dazu: ‚Die Hehlerei genügt.' Er will die Sache mit der Fälschung beiseite lassen: ‚Wir versuchen immer, das Urteil revisionssicher zu begründen. Bei der Urkundenfälschung ist das schwierig. Dann nehmen wir lieber etwas weniger und geben ein angemessenes Strafmaß.'

Diese ganz aufrichtig, ohne bewussten Zynismus geäußerte Taktik bedeutet: Wir wollen im Urteil das eine Delikt beiseite lassen und das Strafmaß für das andere entsprechend (angemessen) erhöhen." –

Anzumerken ist, dass ein solcher Bericht keineswegs alleinstehend ist *(vgl. Thomas-M. Seibert, Gerichtsrede, Berlin 2004, S. 167, ferner S. 139 f, S. 142).*

Erst recht gibt es bewusste Abweichungen von der Formalität des Verfahrens, wenn die Folgen nicht gravierend sind. Im folgenden von Lautmann protokollierten Falle nützt die Gesetzwidrigkeit ausserdem einem Insider. Lautmann spricht sogar in solchen Fällen von einem informellen Programm. Er berichtet:

(*Rüdiger Lautmann* a.a.O. 91 Prot. 90) „Diese Devianzen geschehen mehr oder weniger bewusst; man nimmt sie in Kauf, weil bestimmte Regeln des informellen Verfahrensprogramms gewichtiger sind. Beim häufigsten Devianztypus wird abgewichen zu dem Zweck, Arbeit zu sparen.

Bei der nächsten Sitzung der Kammer wird ein Landgerichtsrat aus einer anderen Kammer als Vertreter mitwirken. Am Vortage der Sitzung werden die anstehenden Sachen beraten (und weitgehend vorentschieden). Zu dieser Vorberatung soll der vertretende Richter nicht hinzugezogen werden. Richter N. meint: ‚Eigentlich dürften wir das ja nicht machen; aber der hat doch sein eigenes Dezernat.'"

Auch hier ist die Beobachtung wichtig, dass im Fallmaterial keine Meta-Regel sichtbar wird, wann das formelle und wann das andere Programm zum Zuge kommt.

Was steuert die Entscheidung?

Nach den bisherigen Protokollen und Überlegungen muss es so scheinen, als ob der Wechsel zwischen verschiedenen Orientierungen regellos geschehe. Das ist sicher nicht ganz und gar so, und es lassen sich einige relevante Aussagen als Hypothesen äussern und dann ein wenig erhärten. Dazu einige weitere Protokolle Lautmanns.

Wichtig ist erstens die Konsistenz des Gesamtverhaltens. Vorexerziert wird diese betonte Darstellung äußerer Konsistenz von den höchsten deutschen Gerichten, in deren veröffentlichten Entscheidungen es von Selbstzitaten wimmelt. Konsistenzstreben erübrigt offenbar die Frage nach Massstäben des dogmatischen Programms der Fakten- und Normermittlung. Das gilt bei den Eingangsgerichten besonders für Entscheidungen in weiten Ermessensspielräumen, also bei der Strafzumessung und in der Grauzone „verrückt/normal".

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 131 Prot. 163) „Ein Mann hat mehrfach gegen eine gerichtliche Anordnung verstoßen und dafür Beugestrafen erhalten. Nun soll ein weiterer Strafbeschluss ergehen. Die Richter beraten, ob der Mann vielleicht geisteskrank ist. Richter N. ablehnend: ‚Soll man ihn noch untersuchen lassen? Wir haben`s damals auch nicht gemacht!'"

80

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 131 Prot. 165) „Der Vorsitzende einer Strafkammer erläutert den Schöffen seinen Vorschlag von sechs Monaten Freiheitsstrafe für einen versuchten (!) Einbruch so: ‚Man muss die Strafe mit den Vorstrafen in eine Linie bringen. Wir dürfen uns nicht lächerlich machen, indem wir jetzt eine zu geringe Strafe geben.'"

Wie viele andere vor und nach ihm hat Lautmann die Angst des deutschen Richters vor einem erfolgreichen Rechtsmittel gegen die Entscheidung bemerkt. Im Prot. 220 (vgl. oben) war die unterschiedliche Revisionssicherheit zweier Möglichkeiten der Anlass, eine schlichte Rechtsstaatswidrigkeit anzudenken. Lautmann bringt diese Sache auf den Punkt:
(*Rüdiger Lautmann a.a.O.* 167 Prot. 219) Das angsterregende Ereignis ist die Antizipation negativer Kritik des Obergerichts. Bleibt solche Kritik aus, dann wird dies als gratifizierend empfunden:
„Richter T. erzählt mir bereits am ersten Tage, an dem ich seiner Kammer zugewiesen bin: ‚Es ist unser Stolz, dass wir nur ganz selten aufgehoben werden, vielleicht einmal im Jahr.'"
Hinzuzufügen ist: Schon der gängige Sprachgebrauch: „Ich bin aufgehoben worden." verrät eine existenzielle Betroffenheit, die uns als Bürger ebenfalls betroffen machen sollte.
Es geht aber nicht nur um das Verhältnis Richter/Richter. Das arbeitsteilige Rechtswesen kennt viele Insider. Es gibt eine Zusammenarbeit, die die Verfahrensrollen Richter/Vderteidiger/Gutachter/usw übergreift. Dazu:
(Rüdiger Lautmann a.a.O. 138 mit Prot. 179 und 180) Die Aufrechterhaltung dieses Kontaktsystems gilt beiden Seiten als wichtige Aufgabe, obgleich sie nicht im formellen Verfahrensprogramm vorgesehen ist.
„(Prot 179) Ein Kaufmann klagt aus einem Scheck; wegen Fristüberschreitung ist die Klage unbegründet. Der Richter ruft telefonisch den Rechtsanwalt an und teilt ihm mit, was dieser nun zweckmäßigerweise tun könne."
Dergleichen Freundlichkeiten und Rücksichtnahmen erweisen die Richter den Anwälten ständig (und umgekehrt); tatsächlich erleichtern sie ihre Arbeit dadurch nicht unerheblich. Werden die wechselseitigen Erwartungen nicht erfüllt, kann es auch zu negativen Sanktionen kommen, zumindest zu einer Androhung. All dies geschieht in Ausnutzung bestehender Ermessensräume.
„(180) Ein Rechtsanwalt bringt aus kaum hinreichenden Anlässen mehrere Ablehnungsgesuche gegen die Kammer. Schließlich kommt noch eine Verfassungsbeschwerde sowie ein Aussetzungsantrag deswegen. Diese Häufung von Kritik macht den Vorsitzenden sichtlich nervös und ärgerlich. Er bemerkt: „Diesen Anwalt kannte ich bisher nicht. Wir müssen uns den Namen merken, wenn der einmal etwas will."
In dieser Bemerkung wird die Existenz eines informellen Programms vorausgesetzt, das es erlaubt, jederzeit in Fragen der täglichen Zusammenarbeit einander Schwierigkeiten zu machen; dass das formelle Programm der juristischen Dogmatik so etwas nicht kennt und erlaubt, ist offenbar irreal und völlig verdrängt.
Vereinzelt erscheinen auch die Bürger in Lautmanns Protokollen. Typisch erscheint allerdings die folgende Geschichte, die doppeldeutig ist. Der Bürger wird von einer verletzenden Aussage verschont, aber es ist auch die Nebenwirkung wichtig: Das erspart möglicherweise das institutionsintern so gefürchtete Rechtsmittel.
(Rüdiger Lautmann a.a.O. 191 Prot. 278):
Ein renommierter Ingenieur hat bei Beratung und Entwurf für ein größeres Bauvorhaben einen Kunstfehler gemacht, aus dem seinem Auftraggeber viel Schaden entstanden ist. Er wird zur Leistung von Schadensersatz verurteilt. Richter F. sagt uns: „Ich habe das Urteil nicht mit dem Kunstfehler begründet, sondern mit der Verletzung einer Aufklärungspflicht des Ingenieurs, weil diese Begründung ihm nicht so weh tut. Vielleicht geht er dann nicht in die Berufung."
Nach alledem wundert es nicht, wenn im Drang der Tagesgeschäfte das formelle Programm, nämlich die standesgemässe Begründung, manchmal als völlig arbiträr behandelt werden. Dazu Lautmann (*Rüdiger Lautmann a.a.O.* 193 Prot. 283):
Alle Mitglieder der Kammer meinen, die Klägerin habe zumindest einen moralischen Anspruch auf den von ihr geforderten Schadensersatz. Doch man hat in mehreren Beratungen keine alle überzeugende juristische Deduktion aufgespürt, obwohl der zuständige Richter mehrere Vorschläge gemacht hatte. Schliesslich meint eine Kollegin zu ihm: „Ich bin einverstanden. Begründen Sie es, wie Sie wollen."

81

Ein Hinweis auf weitere teilnehmende Beobachtungen im Rechtsapparat

Protokolle oder sonstige Wiedergaben von teilnehmender Beobachtung sind immer vielfältig interpretierbar. Man könnte sicherlich Fall für Fall einerseits das dogmatische Programm durchdiskutieren, andererseits realwissenschaftliche Bezüge im Schema von Makrosoziologie zu Mikrosoziologie durchdeklinieren wollen. Deshalb ist man nicht darauf angewiesen, auf den nächsten Richter mit Doppelqualifikation als Soziologe zu warten, der dann von einem Oberlandesgerichtspräsidenten in einem soziologischen Projekt unterstützt wird. Anlass, sich seine eigenen Gedanken zu machen, liefert z. B. auch die Schrift von Seibert *(Thomas-Michael Seibert, Gerichtsrede – Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs, Berlin 2004).* Seibert berichtet aus seiner Praxis und seinem Leben. Zur Zeit ist er als Vorsitzender Richter einer Grossen

Strafkammer tätig. Daneben ist er Sprachwissenschaftler und man kann sich auf die wissenschaftliche Erstellung der rund 70 Protokolle verlassen. Das daraus ausgesuchte Beispiel zeigt, dass die Problemwahrnehmung selbst ein Problem ist und dass das Verfahren als ganzes unter Perspektiven disponiert wird, die sich nur realwissenschaftlich diskutieren lassen.

Es ist Anklage wegen schweren Raubes erhoben worden. Das Opfer ist durch eine Schlag mit der Bierflasche betäubt worden, und der Angeklagte hat dann eine Geldbörse mit geringem Inhalt weggenommen. Er räumt den Tatvorwurf in der Hauptverhandlung ein. Die Tat hat sich im Männerwohnheim abgespielt. Täter und Opfer kennen sich, streiten sich oft, trinken aber auch wieder zusammen. So geschah es am Tattage. Auch zu diesem Zeitpunkt habe man sich wieder gestritten. Der Angeklagte erklärt, auf die Idee mit der Geldbörse sei er erst gekommen, als das Opfer so dagelegen habe. Er habe das Geld zurückgegeben und wollte auch etwas arbeiten. Das Opfer – als Zeuge geladen – erscheint nicht. Der Staatsanwalt regt nun eine Einstellung an. Man könne den Schlag mit der Bierflasche auch als gefährliche Körperverletzung auffassen und dann von einem zeitlich nur nachfolgenden Diebstahl ausgehen. So geschieht es. Das Verfahren wird gegen eine Arbeitsauflage eingestellt.
(Seibert a.a.O. S. 120)

Seibert kommentiert dies so:

Dogmatisch ist die beobachtete Praxis unproblematisch, und sie wird dutzendfach angewandt. Eine Tat des Verbrechens (nämlich der Einsatz einer Bierflasche zum Zweck der Wegnahme) wird in zwei unabhängige Vergehen der Körperverletzung und des nachfolgenden Diebstahls umdefiniert. Das kann sogar wahr sein, weil es an der Zueignungsabsicht im Moment des Gewalteinsatzes fehlte. Aber das ist für die Verfahrensrhetorik nicht entscheidend. Sie orientiert sich an Umstandsmomenten, die dogmatisch ohne Bedeutung wären und hier lauten: Männerwohnheim, gemeinsames Trinken zuzüglich Ausbleiben des Tatopfers als Zeugen im Termin. Den Ausschlag mag der letzte Umstand geben: Wer zum Termin nicht erscheint, gibt damit zu erkennen, dass er einem der Sache nach in seinem Interesse geführten Verfahren keine Bedeutung beimisst. Eine solche Zuschreibung erfolgt jedenfalls aus der Perspektive der übrigen Verfahrensbeteiligten. Das System (hier gleich gebraucht mit: die Institution G.S.) drängt auf Erledigung und setzt sich mit einer für den Angeklagten freundlichen Lösung durch. Alle Beteiligten gehen zufrieden auseinander, denn der eine, der sich dagegen hätte wenden können, schweigt. Er war abwesend.-

Hinzufügen ist: Mit seinem weiten Rhetorikbegriff schildert Seibert Phänomene, die Lautmann wohl problemlos in seine Kategorien gefasst hätte. Wer schweigt, scheint zuzustimmen, und will nichts mehr. Jedenfalls lässt sich die Geschichte begreifen als eine Fall der allgemeinen Erfahrung, dass an allen Stellen des Verfahrens dieses voll und ganz zur Disposition steht. Problemidentifikation ist nicht begrenzt auf Verfahrenseinleitungen (Klagschriften; Strafanzeigen etc) durch andere als Richter, sondern sie kann immer und überall eintreten oder unterbleiben. Hier ist die Frage beantwortet worden: Muss man sich für solche Leute und Sachen viel Arbeit machen oder reicht der Minimaleinsatz? Danach regiert der Topos: Pack schlägt sich, Pack verträgt sich.

82

Kap. 12

Der Prozess als kommunikative Konfliktbearbeitung

Juristisches Bezugsproblem und die Rolle tatsachenorientierter Wissenschaft

Das Selbstverständnis der deutschen Juristen wird sehr stark bestimmt vom Bild des Richters und das auch noch in einer spezifischen Nuancierung. Dieser Richter ist dadurch gekennzeichnet, dass er nur die ZPO und die StPO kennt und praktiziert, und das auch wiederum in einer starken Verengung. So sind namentlich die Fragen, wie tatsächliche Vorgänge zu erforschen und Tatsachenfragen einer Entscheidung zuzuführen sind, nicht operational geregelt und dieser real sehr wichtige Teil der richterlichen Arbeit bleibt in der öffentlichen Diskussion unterbelichtet. Die Arbeit des Richters am Vergleich im Zivilprozess wie übrigens auch die Arbeit des Strafrichters mit diversifizierten Sanktionen und Maßregeln werde nicht in gleichem Umfang ausgeblendet, aber treten im Selbstverständnis der Juristen und in der Juristenausbildung sehr stark hinter die Beschäftigung mit Normtexten zurück. Wenigstens wird der Vergleich im Zivilprozess und seine Institutionalisierung im Verfahren ein wenig als Thema im juristischen Schrifttum wahrgenommen.

„§ 279 Abs. ZPO Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich. Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.“

Der Gesetzgeber hat vielfach mit eingeschalteten Güteverfahren experimentiert. Deren Existenz im früheren Recht der Ehescheidung oder aktuelle Existenz im Arbeitsgerichtsverfahren oder Neueinführung für Zivilprozesse hat aber nicht bewirkt, dass die dogmatische Rechtswissenschaft in einer allgemeinen Theorie des Verfahrens (übergreifend über Urteil, Vergleichsgestaltung, Schlichtungsverhandlung etc.) große Fortschritte gemacht hätte. Man muss sich also fragen, in

welcher Weise man dieses höchste praktische Thema wissenschaftlich angehen kann und wie weit man unter Zuhilfenahme von Erkenntnissen der Sozialwissenschaften kommt. Es wird sich zeigen, dass hier interessante Angebote gemacht werden, aber sehr viel Forschungsprogramm für die Zukunft bleibt.

Die drei wichtigsten Idealtypen: Richten, Vermitteln, Schlichten.

Die Trias Richten, Vermitteln und Schlichten ist eine rechtssoziologische Begrifflichkeit, die bis in die Fach-Umgangssprache der Juristen vorgedrungen ist. Man muss sie also kennen. Sie bezeichnet Idealtypen, und entspricht weithin der umgangssprachlichen Bedeutungen der Worte *(s. Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 474 ff.)*.

Richten ist danach die Entscheidung eines Konflikts auf die Prozessparteien oder Angeklagter im Kern keinen Einfluss haben. Der richtende steuert im Vorfeld seines Urteils das Verfahren in der Weise, dass die von ihm als notwendig befundenen Voraussetzungen für ein Urteil geschaffen werden. Schon auf dieser Ebene verfügt er über die Möglichkeit negativer Sanktionierung, wenn die beteiligten Bürger sich als schlechte Mitspieler erweisen. Erst recht ist dem Idealtyp Richten die Sanktion als Urteilsinhalt angelegt. Der Richter muss im Prozess soweit mit den Beteiligten kommunizieren, dass er ihre Verfahrensbeiträge erfolgreich einfordert. Dieses Einfordern bedeutet natürlich nicht, dass im Verfahrensprogramm des Richters nur Schritt für Schritt vorangegangen werden kann. Wenn der Richter im Zivilprozess der Partei die Gelegenheit gibt, Stellungen zu beziehen, dann kann sie das tun oder bleiben lassen. Das Programm enthält bereits die Alternative: Verarbeitung der Erklärung oder Beweislastentscheidung als Folge der Nicht-Erklärung. Diese Vielfalt von Alternativen überblickt der Richter häufig besser als weniger professionelle Mitspieler. Schon aus diesem Grunde übersteigt Richten als Idealtyp richterlichen Prozessierens und Urteilens das materielle Recht mit seinen Tatbestands- und Rechtsfolgentexten.

„Vermitteln ist nichts anderes als die Aktivität einer dritten Partei, die laterale Verhandlungen zu katalysieren, zu lenken und zu fördern“ *(Koch, Konfliktmanagement und Rechtsanthropologie, in Bierbrauer u. a., Zugang zum Recht, 1978, S. 91, zitiert nach Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie 1987, S. 475).* Der Vermittler muss immer irgendetwas ins Spiel bringen können, was die Beteiligten bis dahin nicht in ihr Kalkül einbezogen hatten oder einbeziehen konnten. Der wegen einer vorgespiegelten Krankheit dann schließlich fristlos gekündigte Arbeitnehmer kann das Vermittlungsergebnis akzeptieren, dass er den Arbeitsplatz behält, aber den Jahresurlaub für die Abarbeitung jener Zeiten verwendet, die er sich vertragswidrig seiner Arbeitspflicht entzogen hat. Der Kläger, dem im Verlauf

83

der prozessualen Entwicklung unklar geworden ist, ob er so sicher gewinnen wird, kann sich Gesichtsverlust ersparen, wenn er einen Vergleich „auf dringendes Anraten des Gerichtes“ abschließt. Eine Besonderheit ist im deutschen Zivilprozess die Tatsache, dass der Vermittler manchmal die Randbedingungen beeinflussen und instrumentalisieren kann, wodurch er die beteiligten Bürger dazu bringt, sich auf ein bestimmtes Vermittlungsergebnis einzulassen. Wenn der Richter in den Vergleichsverhandlungen hervorhebt, dass der sofortige Vergleichsabschluss einen langen Prozess vermeidet, dann steht dahinter auch die Drohung, dass er als Richter im Umgang mit renitenten Parteien den Prozess sehr saumselig führt – und die Terminsbestimmung ist seine Sache!

Schlichten kann man mit dem Satz karikieren: „Kinder, vertragt Euch, es ist doch alles nicht so schlimm wie Ihr meint.“ Die beteiligten Bürger lernen, dass ihr Konflikt anders gesehen werden kann als sie es eingangs des Prozesses getan haben, nämlich, dass man nicht unbedingt das Recht erstreiten muss. Das Ergebnis einer solchen Schlichtung ist in vielen Fällen äußerlich dasselbe wie bei einer Vermittlung. Wenn der auf Geld Verklagte sich bereit findet in einigen Raten insgesamt schließlich ein bisschen weniger als die Klagsumme zu zahlen, das aber widerstandslos und zuverlässig, dann kann das auf einer Seite das Ergebnis der Vermittlung sein (er sieht ein, dass seine Rechtsposition sehr schwach ist) und es kann auf der Seite des Klägers das Ergebnis von Schlichtung sein (er hat die Empfindung, dass er sich nicht ganz so hartherzig benehmen sollte).

Zum Umgang mit der Idealtypik Richten, Vermitteln und Schlichten.

Was leistet eine solche Idealtypik? Zumindest dreierlei.

Erstens trägt die einprägsame Trias dazu bei, dass der ganze Problemstoff im öffentlichen Bewusstsein bleibt, und zwar in der Zunft der Juristen wie darüber hinaus in der Rechtspolitik.

Zweitens schärft der Umgang mit dieser Begrifflichkeit das Beobachtungsvermögen. Während die zentrale Formulierung in der ZPO nicht einmal die Differenz von Vermitteln und Schlichten kennt, lernt man also in der rechtssoziologischen Literatur die Differenzierung, die dann die Frage nach unterschiedlichen Strategien der Erarbeitung von vermittelnden oder schlichtenden Vergleichen eröffnet.

Drittens gewinnt man mit diesen Idealtypen eine Folie, auf der man weitere praxisrelevante Ausdifferenzierungen einzeichnen kann.

Raiser *(Thomas Raiser, Das lebende Recht, 3. Aufl., S. 287)* hat z. B. die Beratung als

konfliktbearbeitende Einmischung eines Dritten in Erinnerung gebracht. Diese geschieht typischerweise ohne dass Beraten den Konflikt wirklich zu einem Ende bringen soll. Das unterscheidet ihn von der besprochenen Trias. Es gibt aber ein gesondertes Feld, auf dem auch Richter sinnvoller Weise beraten. In der Erörterung der Sach- und Rechtslage wird der Richter, der um eine gütliche Einigung bemüht ist, manchmal anregen müssen, dass die Parteien Sachverhalte in Erfahrung bringen und Bedenken, die nur sie kennen. Der Richter, der die ökonomischen Planungen zweier streitenden Kaufleute nicht kennt, kann wenigstens als Standardargument ins Gedächtnis rufen: „Überlegen Sie doch mal, ob eine gütliche Einigung nicht der Ausgangspunkt für eine weitere Zusammenarbeit – welche, weiß ich natürlich nicht – sein kann!“ Der Richter, der die Probleme des Umgangs mit dem Kinde nach einer streitigen Scheidung zu bearbeiten hat, kann den beteiligten Eltern im Sinne einer Beratung erzählen, wie andere Eltern in ähnlicher Situation vor ihnen die technischen Probleme minimiert haben. Es gibt durchaus Bereiche, in denen der Richter seiner Rolle auch dadurch gerecht werden kann, dass er der Phantasie der Beteiligten auf die Sprünge hilft. Die Gestaltung der Situation wird oft durch die eigene Leistung der beteiligten Eltern besser und dauerhafter bewerkstelligt als durch die Übernahme eines Gestaltungsvorschlages, mit dem sich bereits der Richter identifiziert. Die lockere Form des Vorzeigens von Möglichkeiten ist deswegen nicht entbehrlich, und es macht Sinn, sie als „Beratung“ zu typisieren.
Einen anderen Idealtyp bildet die „Versöhnung“. Mit ihr muss man sich beschäftigen, weil sie manchmal in Sonntagsreden und anderen euphorischen Texten als das Ideal der Konfliktlösung geschildert wird. Die Beteiligten sollen aus dem Gerichtssaal gehen und einander wieder in christlicher Nächstenliebe zugetan sein, wie dies angeblich vor Start der Konfliktphase war. Steckt man das Ziel der gütlichen Einigung nach der Zivilprozessordnung so hoch, dann versperrt man sich als Richter womöglich den Blick auf die Vielzahl ökonomischer Kalküle, auf deren Basis man einen Konflikt sozial unschädlich machen kann. Andererseits bezeichnet die Idee der Versöhnung z. B. für den Familienbereich etwas sehr Wichtiges: Die Beteiligten müssen sich beim Vorgang der Versöhnung selbst ändern. Das macht einen großen Unterschied zu den allermeisten Vergleichsverhandlungen. Der klagende Kaufmann, der sich in der Hoffnung auf sichere Zahlungen auf einen Ratenvergleich einlässt, handelt dabei durch und durch als Kaufmann. Er muss nichts dazulernen, sondern er muss
84
seine Handlungsprinzipien nur richtiger anwenden. Ob sich der Beklagte in diesem Falle ebenso ökonomisch vernünftig benommen hat, muss weder ihn noch den Richter interessieren. Das ist bei der Versöhnung anders. Der Richter, der z. B. im Streit der Eltern um Umgang und Sorge für die Kinder eine dauerhaft tragfähige Versöhnung bewirken will, der muss sehr intensiv beide beteiligten Elternteile einbeziehen und die Relation zwischen beiden zum Gegenstand seiner Aufmerksamkeit machen.

Kommunikation als sozialwissenschaftliche Rekonstruktion von Prozess?

Urteilen, Schlichten und Richten sind Gegenstand der Frage: Wie kann man zu besserem, erfolgreicherem Prozessieren ausbilden? Eine höhere Vergleichsquote oder ein im Zusammenspiel von Richter und Parteien effizienter gestaltetes Prozessgeschehen vor dem Urteil ersparen Steuergelder. Sie sparen im laufenden Prozess Kosten und sie führen zur Vermeidung von kostentreibenden Rechtsmitteln. Darüber hinaus spricht viel dafür, dass eine bessere Arbeit der Justiz auf diesem Sektor volkswirtschaftlich messbare Schäden vermeidet.
Der wichtigste Ansatzpunkt ist, dass es immer um Kommunikation geht. Das betrifft alle drei Idealtypen.
Die ganze ZPO lässt sich lesen als eine Reglementierung von Kommunikation. Schon die simple Begrifflichkeit Sender/Medium/Empfänger ermöglicht eine interdisziplinäre Sicht. Der Kläger bringt eine Klagschrift auf den Weg, die der Richter als solche erkennt und unter Beifügung weitere Schriftstücke dem Beklagten sendet. Dieser schreibt zurück, wobei die Gegenstände der Kommunikation und die Medien (schriftlich, mit Zustellung oder in den Gerichtskasten des Anwalts) reglementiert sind. Manche Regeln sind explizite Normen des Prozessrechts, andere sind Traditionen. So findet z. B. die Erörterung der Sach- und Rechtslage gewöhnlich mündlich statt. Manche Kommunikationsakte müssen angekündigt werden und werden es jedenfalls im Regelfall: Es sollen Zeugen vernommen werden zu den Themen eines Beweisbeschlusses. Das Urteil wird gesprochen, aber so richtig brauchbar wird es erst als Schriftstück. In diesem Skelett kann eine Güteverhandlung verortet sein, oder es verbleibt bei der vagen Regel, dass der Richter jederzeit auf eine gütliche Einigung hinwirken müsse. Wie er das dann betreibt, wird ihm auch nicht vorgegeben. Nur eine wichtige Einschränkung dieser Offenheit ergibt sich aus dem Prozessrecht selbst: Da der gerichtliche Vergleich vollstreckbar ist wie das Urteil auch, ist der Schluss konsequent, dass der gerichtliche Vergleich nichts Unrechtmäßiges enthalten darf. Das Gewaltmonopol des Staates kann nicht auf dem Umweg über einen gerichtlichen Vergleich für ein Unrecht instrumentalisiert werden. Mit anderen Worten: Der Richter ist auch, soweit er Vergleiche befördert, nicht irgendein Konfliktbeendiger,

sondern er bleibt in der von Recht geprägten Rolle des Richters.
Welches sind nun die wichtigsten Angebote der Sozialwissenschaften für die Rekonstruktion von kommunikativen Vorgängen? Zuerst bietet sich an, zu überlegen, was die genannte Begrifflichkeit Sender/Medium/Empfänger leistet. Jenseits des Alltagswissen um die Bedeutung eines Senders und eines Empfängers lenkt diese Begrifflichkeit das Interesse besonders auf das Medium. In der Tat kann man einige Aspekte üblichen Prozessierens mit dieser Perspektive analysieren. Zu erinnern ist z. B. an die Konflikteskalation, die einem Prozess gewöhnlich vorausgeht, und in der das „Anwaltsschreiben“ als Drohgebärde in vielen Fällen ernsthafte Beschäftigung mit dem Konflikt einfordert und einen point of no return setzt. Der Anwalt muss nicht mehr sagen als der Kläger im Kern schon selbst gesagt hat. Offenbar ist es dann doch etwas anderes, ob in einem selbst verpassten Brief steht „Ich will Geld!“, oder ob in einem Anwaltschreiben zu lesen ist „Mein Mandant will Geld!“. Auch der Übergang von Mündlichkeit zu Schriftlichkeit ist ein interessantes Element der Konfliktverschärfung.
Neben solchen vereinzelten Beispielen der Relevanz der so eingenommenen Perspektive fallen einem aber nicht sehr viele andere ein. Deshalb wird man sich in der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Prozessgeschehen in aller Kürze an den wichtigsten Ansatz der Theorie menschlicher Kommunikation erinnern müssen.

Kommunikationstheoreme

Watzlawicks Lehre von den Kommunikationstheoremen hintergeht die oberflächliche Gleichsetzung von Kommunikation mit Produktion von Sätzen, Subjekten, Prädikaten, Objekten, Worten. Die zentrale Leistung seines Theorieansatzes besteht darin, dass seinem ersten Kommunikationstheorem zufolge jeder Äußerungsakt zugleich einen Inhalts- und einen Beziehungsaspekt hat *(Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/ Don D. Jackson, Menschliche Kommunikation, hier zitiert nach 7.Aufl. Basel 1967, S. 53 ff).* Dieses "zugleich" ist das Entscheidende, weil nach einem überall und auch unter Juristen ganz
85
vorherrschendem Verständnis von Kommunikation die kommunikative Akte nur einen Inhalt haben. Nicht wahrgenommen werden also die Vielfalt der kommunikativen Aspekte, sondern sie werden in der statistisch breiten Mehrzahl aller Fälle reduziert auf den Inhaltsaspekt - also auf das, was etwa im Gesetz steht, wenn man die Tatbestandsmerkmale der Reihe nach liest und die Subsumtion des Sachverhaltes insgesamt als hinreichende Bedingung für die Rechtsfolge begreift.
Das Interesse des Psychotherapeuten Watzlawick hat sich auf einen ganz anderen Punkt gerichtet: Die verschiedenen Aspekte können in ihrer lebenspraktischen Bedeutung gleichsinnig sein, sie können aber auch zueinander in widersprüchlichem Verhältnis stehen. Die typischerweise undurchschaute Vielfalt der Aspekte bringt nun mit sich, dass ein Individuum in vielen Fällen existentiell verunsichert ist, wenn seine kommunikativen Akte in einer undurchschauten Weise in sich widersprüchlich bleiben, oder wenn er selber mit so gearteten kommunikativen Akten aus der Umwelt umgehen muss. Die berühmte Zentralstelle ist die Szene, in der eine überbeschützende Mutter ihrem etwas hasenfüßigen Sohn sagt: "Sei spontan!" Der von Watzlawick eingeführte Terminus double bind wird unterschiedlich übersetzt: Doppelbindung, Paradox, Widerspruch, Zwickmühle, Beziehungsfalle. Auf der Inhaltsebene hält die Mutter ihren Sohn zur Spontaneität an, auf der Beziehungsebene teilen eben jene zwei Worte mit, dass sie, die Mutter, hier wie gewöhnlich allein richtig weiß, was für ihren Sohn gut ist und ihn zu seinem Vorteil bevormunden muss.
Diese Art Widersprüchlichkeit ist also eine völlig andere als diejenige, von der die Lehrbücher der juristischen Methodenlehre reden. Wertungswidersprüche sind durch Interessen- oder Güterabwägungen zu entscheiden; aber Abwägen lässt sich nur, was gleichermassen als Gewicht Waagschalen zu belasten geeignet ist. Das kann bei den Äußerungen nicht gelingen, bei denen Inhalt- und Beziehungsaspekt nicht in der richtigen Übereinstimmung stehen. Hier ist Metakommunikation, also Verständigung über das kommunikative Geschehen selbst, zur Aufklärung nötig.
Dabei ist anzumerken, dass die Wirkungen auf der Beziehungsebene natürlich nicht immer gleich oder gleichförmig eintreten. Schon für das genannte Kernbeispiel lässt sich die Fortsetzung denken, dass der lethargische Sohn überhaupt nichts von dem begreift, was da vorgeht, und so die Beziehung stagniert.
Die zweite epochenmachende Beobachtung Watzlawicks war die Feststellung, dass kommunikative Akte nur unter Beachtung von „Interpunktion“ richtig verstanden werden könne. Auch das gesprochene Wort enthält gewissermassen Kommata und Punkte, die Einheiten abgrenzen und Beziehungssysteme signalisieren *(Watzlawick/ Beavin/ Jackson, a.a.O. S. 92 ff.)* Da nun Kommata und Punkte nicht gesprochen werden, gibt es wieder das Phänomen, dass der Inhaltsaspekt die soziale Bedeutung eines Kommunikationsaktes nicht ausreichend charakterisiert. Die Zentralstelle im Werk von Watzlawick ist die Erzählung von einem zerstrittenen Ehepaar *(Watzlawick/ Beavin/ Jackson, a.a.O S. 59),* dessen Konflikt von beiden genau gleich beschrieben wird: Sie nörgelt und er

zieht sich von ihr zurück, immer abwechselnd, und das seit langem. Aus der Sicht des Mannes lässt sich die Ursache der bestehenden Ehekrise folgendermaßen illustrieren: "Wenn ich nach Hause komme, dann nörgelt meine Frau; kein Wunder, dass ich dann in die Kneipe gehe. Wenn ich danach nach Hause komme, dann nörgelt meine Frau wieder, und es ist doch wirklich kein Wunder, dass ich dann wieder in die Kneipe gehe." Aus der Perspektive der Frau sieht die Ehekrise folgendermaßen aus: "Wenn er aus der Kneipe kommt, dann darf er sich schließlich nicht wundern, dass ich schlecht gelaunt bin; statt auf mich zuzugehen, geht er nur wieder in die Kneipe, und meine Laune wird noch schlechter." Beide beschreiben dieselben singulären Ereignisse, aber sie sind sich nicht im klaren darüber, dass sie unterschiedliche Verständnisse davon haben, wie die Leerstellen zwischen diesen Ereignissen zu deuten sind. Eine Analyse, die nur die Inhalte a und b wahrnimmt, und gewissermaßen nicht nach der Interpunktion (in code-Form: aus ...ababab... wird entweder .ab. oder .ba. oder .a.b.), verfehlt, was die Kommunikation für die Beteiligten bedeutet und sie verfehlt die Chance, aufklärende Metakommunikation zu initiieren. Fragen der Anordnung von einzelnen Textteilen und Betonungen in der Kommunikation sind eben aussageträchtig.
Im hiesigen Zusammenhang muss dieser kleinen Ausschnitt aus dem Theorieansatz von Watzlawick genügen. Nur eine Weiterentwicklung ist zu nennen. Schulz von Thun (*Friedemann Schulz von Thun, Miteinander reden: Störungen und Klärungen, rororo Sachbuch 1981 - seitdem vielfache Nachdrucke)* hat das Watzlawicksche Modell der verschiedenen Aspekte ein und derselben Nachricht weiterentwickelt. Der Beziehungsaspekt, also die mit inhaltlichen Aussagen notwendig gleichzeitig verbundene Beschreibung der menschlichen Beziehungen zwischen Sender und Empfänger, lässt sich ausdifferenzieren in einen Beziehungsaspekt im engeren Sinne, der das Verhältnis von a und b betrifft, und in einen Offenbarungsaspekt *(Schulz von Thun a.a.O S. 26*). Wer sich äußert, sagt erst einmal etwas über sich selber; ob dann in der sozialen Situation seine Nachricht auch ankommt und
86
dadurch ein Beziehungsaspekt im engeren Sinne deutlich werden kann, das steht oft dahin. Aus diesem Grunde macht es Sinn, die Selbstbeschreibung des Sprechenden dadurch, dass er sich äußert, wie er sich äußert, usw, zu analysieren. Dieser Aspekt bleibt eben sehr häufig unerkannt und gerade dadurch sehr folgenreich.

Mangelnde Vermittlung zwischen Prozessdogmatik und Kommunikationstheoremen

Was bedeutet ein solcher Theorieentwurf für die Äußerungsakte des Urteilens und Verhandelns über Vergleiche? Kurz gesagt: Zwischen dem Prozessrecht, wie es die Juristen pflegen, und der sozialwissenschaftlichen Kommunikationstheorie gibt es keine Verständigungsebene. Die Frage nach Inhalts- und Beziehungsebene ist setzt eine völlig andere Form der Beobachtung und sonstigen Wirklichkeitswahrnehmungen voraus als sie in Prozessordnungen vorgezeichnet wird. Man könnte den Gedanken noch zuspitzen: Die Prozessordnungen scheinen namentlich für die Rolle des Richters vorzusehen, dass es keine Beziehungsebene gibt. Aber dieses Phänomen kann eine Norm nicht verbieten oder sonst aus der Welt schaffen. Eine Ausbildung, die sich auf das positive Prozessrecht konzentriert, ist gewissermaßen eine Desensibilierung, weil ein untergründiges Wissen um Inhaltsund Beziehungsebene erfahrungsgemäß bei sehr vielen Menschen als alltägliche Kompetenz zu verzeichnen ist. Andererseits sammelt man nicht durch Lebenserfahrung und durch Prozesserfahrung allein schon die Kenntnisse, für die die bahnbrechenden Untersuchungen von Watzlawik u. a. notwendig waren. Sicherlich gibt es Momente, in denen in Verhandlungen unterschiedlicher Interpunktionen zu registrieren sind und die Regel weiterhilft, man müsse dann zu Metakommunikation übergehen.
Die weitere Frage, was im übrigen praktisch zu tun ist, um Juristen mit besseren Kompetenzen für das Prozessieren und Verhandeln auszustatten, ist nicht Gegenstand der Rechtssoziologie. Nur so viel sei gesagt: Man wird sich zuerst die Ausbildungsformen der Therapeuten ansehen müssen und dann politisch mit jenen Barrieren kämpfen müssen, die einer Übernahme von irgendetwas Nichtjuristischem in das aktuelle Rechtssystem entgegenstehen. Weil Metakommunikation keinerlei Ort in der Prozessordnung hat, kann der einzelne Jurist auch in der dogmatischen Ausbildung wenig darüber hinzulernen. Die Einübung der Selbstbeobachtung unterliegt nicht der Kontrolle dadurch, dass man sich in praktischen Situationen der Richtigkeit und der Zuverlässigkeit der Selbstwahrnehmung und der Fremdwahrnehmung vergegenwärtigen muss.
Die Diskrepanz zwischen sozialwissenschaftlicher Kommunikationstheorie und juristischem Verständnis von Prozess- und Vergleichsverhandlung macht aber einiges erklärlich. In der Praxis wird ein großer Unterschied wahrgenommen zwischen Richtern, die in der Erörterung der Sach- und Rechtslage Geschick haben oder in geschickter Weise Vergleichsverhandlungen voran treiben und solchen, deren Kommunikation nicht so erfolgreich verläuft. Der Erfolg lässt sich zu einem gewissen Anteil messen in den Prozentsatz der Verfahren, die ein Richter durch Vergleiche endgültig und arbeitssparend abschließt. So lange die Ausbildung von Juristen, die in Verfahren kommunizieren

sollen, nicht gründlich modernisiert, wird es bei diesen Diskrepanzen bleiben. Weithin wird man nur registrieren können, welche Personen sich als Naturtalente des Kommunizierens erweisen und welche nicht.

Luhmanns „Legitimation durch Verfahren“ als Antwort auf die irreale Prozessrechtsdogmatik

Auch auf der Seite der sozialwissenschaftlichen Theorie ist die Diskrepanz nicht folgenlos.

Luhmann hat den juristischen Prozess in „Legitimation durch Verfahren“ *(Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969, S. 55 ff*) analysiert als einen Prozess der psychischen Deformation der Beteiligten zu blossen (!) Rollenträgern. Der Verlierer hat am Ende verloren, weil die Fülle der unverständlichen Ritualakte ihn deprimiert und klein macht; er internalisiert, dass er nichts zu sagen hat. Kommunikation in einem inhaltlichen Sinn des Wortes kommt im Gerichtsverfahren nicht vor. Die „Öffentlichkeit“, die nicht präsent ist, die „Gründe“ des Urteils, die niemanden überzeugen, die „Unbefangenheit“, die nur ein Pokerface ist, die „Rechtsmittel“, die als bloße Wiederholung keine neue Qualität haben, all das sind nur Elemente einer szenischen Aufführung, die Protest absorbiert und Komplexität reduziert. Jedes Element des Gerichtsverfahrens lässt sich so gegen den Strich des idealisierten Selbstbildes der Justiz bürsten.

In dieser hier noch weiter karikierend zusammengefassten Karikatur steckt ein klein wenig Wahrheit. So lange es nicht zu einem anderen Zusammenspiel zwischen Rechtswissenschaft und Kommunikationstheorie kommt, bleibt „Legitimation durch Verfahren“ ein wichtiger Theoriebeitrag.

87

Kap. 13

Wirkung von Recht

Das Konzept der Darstellung

Das Wort Wirkung und das Wort Recht stehen hier im Titel nur in einem vorläufigen Sinne. Wirkung ist gewählt, weil es als der vageste Oberbegriff fungieren kann für einen Komplex von Phänomenen, der interessiert. Es geht um Wirkung, gesteuertes Wirken, Effekte und Effizienz, Befolgung. Was das angeht, wird zuerst einmal eine terminologische Vorsicht notwendig sein. Vom juristisch eingeübten Begriff der Wirkung kann man nicht ohne weiteres ausgehen, denn die conditio sine qua non erfasst zweifelsfrei vieles, was für keine Rechtswissenschaft und keine Rechtssoziologie je interessant sein kann. Natürlich – so ein Beispiel – ist die Tätigkeit des Bundestages in Berlin conditio sine qua non dafür, dass auf dieser Welt Bäume gefällt werden, aus denen Papier produziert wird, auf die in der Druckerei des Bundesgesetzblattes Druckerschwärze aufgebracht wird.

Man wird also gut daran tun, auf dem weiten Felde der Wirkung von Recht keinen großen Wurf zu wagen, sondern die Aussagen in einzelnen Bausteinen zusammen zu setzen und immer detailbezogen Fragestellungen und Begrifflichkeiten zu diskutieren.

Das juristische Bezugsproblem: Normwirksamkeit als Verfassungsgebot

In diesem Sinne empfiehlt es sich, mit einem juristischen Bezugsproblem zu beginnen. Es soll zugleich verständlich machen, dass man sich den Problem mit grossem wissenschaftlichem Einsatz widmen sollte.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 27. 6. 1991 *(NJW 1991, 2129)* judiziert:

„Der Gleichheitssatz verlangt für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich belastet werden. ... Wirkt sich eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, dass der Besteuerungstatbestand weitgehend nicht durchgesetzt werden kann, ... so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Steuernorm“.

Diese Leitsatztexte führten allerdings nicht zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde gegen die Steuererhebung, aber der Gesetzgeber wurde mit Übergangsfrist zum Tätigwerden gezwungen. Auffällig ist die Reihenfolge. Während der erste Satz der Leitsätze noch umstandslos „rechtlich und tatsächlich“ Gleichheit einfordert, ist im Weiteren ein verwässerndes „weitgehend“ zu lesen, und das Ergebnis der Entscheidung belässt der Norm eine vorläufige Wirksamkeit. Die Sache ist also nicht ganz einfach. Weder gilt auf der einen Seite der Satz, dass eine real ungleich wirkende Norm deshalb normativ unwirksam sei, noch gilt im anderen Extrem der Satz, dass der Gesetzgeber unwirksame Normen erlassen darf, ohne dass das Wirkungen habe. Die Wirkung kann verschieden sein und besteht zum Teil in einer Nachbesserungspflicht.

Welch ein schwieriges Feld Wirksamkeitsfragen in ihrer justiziellen Aufarbeitung sind, kann man anhand eines Kammerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichtes studieren, der die Ausgleichsabgabe bei fehlender Beschäftigung schwer behinderter Menschen durch Arbeitnehmer betraf *(NJW 2005, 737).* Die Entscheidung zitiert eine ganze Masse von statistischen Angaben zu dem großen Problemfeld der Beschäftigung schwer behinderter Menschen. Zentral war der Angriff des beschwerdeführenden Unternehmers, die tatsächliche Quote beschäftigter schwer behinderter Menschen sei von 5,9 % im Jahre 1982 auf 3,7 % im Jahre 1999 gesunken. Dazu die Entscheidung: „Diese Entwicklung mag auf die niedrige Höhe der Abgabe ..., auf der konjunkturellen Situation oder

auf besonderen Hemmnissen bei der Einstellung schwer behinderter Menschen ... beruhen. Sie stellt jedoch die Eignung der gesetzlichen Maßnahme nicht in Frage".
Dem Gesetzgeber wird also die Möglichkeit eröffnet, die Norm sogar zu verschärfen, anstatt den Bürger von der wirkungslosen Norm zu befreien. Dabei kann man keine Hoffnung haben, das Problem in irgendeine Art von Algorithmus zu fassen, in dem man bestimmte Prozentsätze für wirksam/unwirksam ausreichend sein lässt. Noch krasser ist der Hinweis von Brun-Otto Bryde auf die vermutete Dunkelziffer von 99 % bei einfachem Diebstahl *(Bryde, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem, 1993, S.11 mit weiteren Nachweisen).* Man möchte hinzufügen: Bestände die Dunkelziffer von 99 % beim Handel mit Kriegswaffen, dann wäre dies ganz sicher ein anderes Rechtsproblem.

88

Dem Gesetzgeber darf also die reale Wirkung von Norm nicht gleichgültig sein, und dem Bürger, der sich in der Demokratie fragt, was sich machen und was sich nicht machen lässt, ist sie aus politischen Gründen nicht gleichgültig. Es ist also wichtig, „Begleitforschung" zu neuen Gesetzen zu treiben. Manchmal ist dies vom Gesetzgeber auch selbst im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen als Basis für Berichte, wie sich die Lage entwickelt hat. Solche Fälle bilden die einleuchtensten Exempel für die „Prozeduralisierung". Die gemessene Wirkung verändert sich in der Zeit, und in manchen Fällen ist Gerechtigkeit nur in der Weisung anvisierbar, dass der Entwicklungsgang selbst transparent gemacht werden muss und Reaktionen auf Fehlentwicklungen schon von Anfang an in Aussicht genommen werden, ohne dass diese vorweg für alle zukünftigen ungewissen Situationen bereits planbar sind. Nun kann man die rechtstheoretische Frage hier nicht ausdiskutieren, ob „prozedurale Gerechtigkeit" die angemessene Gerechtigkeitsvorstellung der Moderne *ist (vgl. dazu zB Klaus F. Röhl and Stefan Machura, ed, Rrocedural Justice, OnatiInternational Series, Aldershot 1997)*, aber jedenfalls macht der Hinweis plausibel, dass Begleitforschung etwas Gutes und Wichtiges sein kann. Um hier die gebührende kritische Aufmerksam zu schenken, kann man einige Gesichtspunkt am Exempel eines jüngeren Beispiels der Begleitforschung durchdiskutieren.
Nur in manchen Fällen kann man sich die Sache so leicht machen, dass man die Unwirksamkeit einer Norm aus dem Stand heraus diagnostiziert und die Folgen daraus umsetzt. Ein krasses Beispiel dafür ist für die Rechts- und Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland die Entscheidung des EuGH vom 10.4.1984 *(EuGH NJW 1984, 2021)*. Die Bundesrepublik Deutschland hatte sich der EUEntscheidung
beugen müssen, die Diskriminierung von Frauen im Arbeitsrecht beseitigen zu müssen.
Einen Teil des hinhaltenden Widerstandes in der deutschen Gesellschaft und der deutschen Juristenschaft war die Norm des damaligen § 611 a Abs. 2 BGB, wonach im Fall einer diskriminierenden Ablehnung einer Bewerbung einer Frau nur der sog. Vertrauensschaden als Schadensersatz zu leisten sei. Diese Norm wurde damals in der Öffentlichkeit als „Porto-Paragraph" gehandelt, weil der Vertrauensschaden der abgewiesenen Bewerberin in vielen Fällen nur im Briefporto der zu Unrecht abgewiesenen Bewerbung bestand. Die EuGH-Entscheidung besagte, dass eine Sanktion zur Durchsetzung der Gleichheit von Männern und Frauen nicht derart unwirksam sein dürfe, und sprach aus, dass die Bundesrepublik die europarechtliche Verpflichtung zur Männer-Frauen-Gleichberechtigung nur unzureichend durchgeführt habe. Politisch handelt es sich um eine Blamage der Bundesrepublik Deutschland als moderner Rechtsstaat, in dem schließlich seit 1949 Art. 3 Abs. 2 galt: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt".

Begleitforschung zu Gesetzen am Beispiel des Kindschaftsrechts

Zentrum des hier hinsichtlich der Begleitforschung diskutierten Kindschaftsrechtsreformgesetzes war die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch nach der Ehescheidung als Regelfall. Bis 1989 hatte gegolten, dass der Richter im jeden Scheidungsfalle sich mit der elterlichen Sorge befassen musste und ein weiteres Bestehen der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge nur eine von verschiedenen Möglichkeiten der richterlichen Entscheidung war. Durch die Aufhebung des Zwangszusammenhanges von Scheidung der Ehe und Entscheidung elterliche Sorge wurde die schlichte Beibehaltung des vor der Ehescheidung geltenden Zustandes ehelicher Gemeinsamkeit zum Regelfall.
Roland Proksch erhielt den Auftrag zur Begleitforschung und lieferte den Schlussbericht im März 2002. *(als Buchveröffentlichung: Proksch, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts: Begleitforschung zur Umsetzung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, 2002).*
Der Abschlussbericht (veröffentlicht www.bmj.bund.de/media/archive/200.pdf, gelesen 25.6.2005) schildert die Untersuchung:
„Mit der flächendeckende Befragung aller Eltern, deren Ehe im ersten Quartal 1999 in Deutschland rechtskräftig geschieden wurde, so wie einzelner ihrer Kinder in den Jahren 1999/2000 und 2001/2003, der Befragung aller (Familien-)Richter/rinnen an allen Amtsgerichten (Familiengerichten) und Oberlandesgerichten, ausgewählter

Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälten mit dem Arbeitsschwerpunkt familienrechtliches Mandat und aller Jugendämter im Jahres 2001 wurde das bisher umfangreichste Datenmaterial in Deutschland zur Nach-/Scheidungssituation von Eltern und zu den entsprechenden Neuregelungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes gewonnen. Antworten von 7.800 Eltern (erste Befragung 1999/2000) bzw. 4.376 Eltern (zweite Befragung 2001/2002, von 809 Richter/innen, 904 Rechtsanwälten/innen und 301 Jugendämter wurden ausgewertet").
Auf diesem Hintergrund erfolgt Selbsteinschätzung zur Wirksamkeitsforschung:
89
„Das Datenmaterial ermöglicht aussagenkräftige, vergleichende Betrachtungen von Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und alleiniger elterlicher Sorge und ihrer Kinder sowie von Wirkungen der neuen Regelungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes."
Es sind einige Kennzeichen seriöser Begleitforschung zu registrieren. Dazu gehört zuerst die Methodenvielfalt. Ein komplexes Phänomen kann nicht angemessen mit einer soziologischen Methode (z. B. Fragebogen) erfasst werden. Proksch hat Fragebogen eingesetzt und zwar im Zeitabstand. Das ergibt eine gewisse Kontrollwirkung für Plausibilitäten und erschliesst Aussagen über Entwicklungen. Daneben hat er Experten befragt, und bei diesem in der gesellschaftlichen Entwicklung hoch kontroversen Gegenstand auch sehr viele. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Befragungsmethoden die Ergebnisse im bestimmten Sinne verzerrt haben könnten.
Das wichtigste Ergebnis der Untersuchung lässt sich mit dem Hinweis auf einen Punkt benennen. Die professionell mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz Befassten äusserten die Einschätzung, dass dieses Gesetz seine Ziele überwiegend „sehr gut/gut", mindestens aber zufriedenstellend (teils/teils erreicht). Das betrifft die Verbesserung der Rechte der Kinder, die Stärkung der elterlichen Autonomie, die Förderung der Beziehung des Kindes zu seinen beiden Eltern, und die Gleichstellung der nicht-/ehelichen Kinder. Die Förderung der Beziehungen von Kindern zu ihren (beiden) Eltern bedarf jedoch weiter unterstützender Aktivität, insbesondere auch durch Familiengerichte, Rechtsanwaltschaft und Jugendämter.
Diese inhaltliche positive Aussage sei hier vorausgeschickt, um jetzt exemplarischen analytischen Fragen, die leicht kritisch werden können, fortzufahren

Standardfragen zur Begleitforschung

Standardfrage 1: Wo sind Kausalitäten belegt? Man kann der Meinung sein, dass Kausalitäten prinzipiell nicht darstellbar sind, weil es immer störende Querursachen geben könnte, und weil der Zustand des beziehungslosen Nebeneinander zweier Phänomene durch kein experimentum crucis solche Möglichkeiten ausscheiden kann. Man liest bei Proksch:
„Die hohe Anzahl von 75,54 % der Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung belegt, dass die gemeinsame Sorge seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, dass bei der Scheidung (überwiegend) übliche Sorgemodell in der Bevölkerung geworden ist. Im Zweifel entscheiden sich Eltern offenbar für den Beibehalt der gemeinsamen Sorge, auch wenn sie dies nicht für eine (für sie ‚optimale' nacheheliche Gestaltung der elterlichen Verantwortung sehen".
In diesem Text signalisiert das Wort „offenbar" den Punkt, wo der Forscher die Art der Beziehung zwischen dem Gesetz und der genannten Prozentziffer nicht klarer zu benennen imstande ist. Was hier die Wirkung des Gesetzes ist, ist nicht genau zu sagen. Im Gesamtkomplex der vorgelegten Forschungen sind mehrere Kausalstränge denkbar. So werden die insgesamt zufriedenen professionellen Richter, Rechtsanwälte und Angestellte von Jugendämtern die Eltern in Richtung auf Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge beraten. Diese Kausalkette meint der Text aber nicht, der in vielen Stellen die elterliche Autonomie hervorhebt.
Standardfrage 2: Sagen die Daten zum Thema Wirkung etwas aus? Bei Proksch liest man zu Unterhaltsleistungen:
„Die ‚Armutssituation' der Eltern mit gemeinsamer Sorge und alleiniger elterlichen Sorge ist grundsätzlich vergleichbar. Netto-Einkommen bis maximal 3.500 DM hatten 1999 (2001) 74,7 % (71,2 %) der Eltern mit gemeinsamer Sorge und 79,6 % (78,5) der Eltern mit alleiniger elterlicher Sorge."
Was sagen die angegebenen Ziffern über die Vergleichbarkeit der beiden Personengruppen? Sie stehen in der Gefahr, banal zu sein, mithin eine Größe, die für jede Ergebnisinterpretation offen ist. Man kann die Mitteilung z. B. folgendermaßen karikieren, um ihre Achillesferse vorzuzeigen. Man stelle sich vor, die Aussage habe gelautet, 96 % der Eltern mit gemeinsamer elterlichen Sorge hätten max. 6.000 DM Einkommen und 98 % der Eltern mit alleiniger elterlichen Sorge gehe es eben so. Je höhere Einkommensbeträge man nachfragt, desto ähnlicher müssen sich die Zahlen werden. Die Armutssituation wäre vermutlich viel interessanter gewesen, wenn man den Blick auf die Sozialhilfeempfänger gerichtet hätte. Aber was wäre gewesen, wenn das Ergebnis einen höheren Anteil an zerstrittenen Eltern mit Sozialhilfe als Haupteinkommen ausgewiesen hätte? Für ein solches

Ergebnis wäre die Interpretation nahe liegend, dass die schlechte ökonomische Situation schärfere eheliche Konflikte bei Bestehen der Ehe bewirkt habe und diese sich in der Unmöglichkeit ausdrückten, im Moment der Scheidung eine gemeinsame Lösung für die Kinder zu finden. Dann
90
ginge es nicht um einen Nicht-Zusammenhang, sondern um eine außerhalb der genannten Größen (Einkommen, Elternschaftsform) liegende Ursache, die nur teilweise von den genannten Grössen abhängig ist.
Dritte Standardfrage: Übersehene Kausalverkettungen?
Dazu folgender Text:
„Die Sorge, dass die Regelung des § 1671 BGB verstärkt zu isolierten von der Scheidungssituation unabhängigen Verfahren von Eltern mit gemeinsamer Sorge auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge vor oder nach rechtskräftiger Scheidung führt, blieb unbegründet. ... (erstinstanzliche) Richter/innen (Amtsgericht) und Rechtsanwälten/innen stellen eine Ermäßigung von streitigen Folgesachen elterlichen Sorge sowie auch isolierte Sorgeverfahren vor und nach Scheidung fest. Dem steht nicht entgegen, dass die Richter/innen am OLG eine Erhöhung konstatieren. Die Ermäßigung der Verfahren bei Amtsgerichten übersteigt zahlenmäßig deutlich die Erhöhung bei dem Oberlandesgericht“.
Unter dem Blickwinkel des Bundesgesetzgebers mag es wirklich so gewesen sein, dass es nur auf die Gesamtzahl der Verfahren ankam. Dies durfte Proksch in den Zeiten teurer Gerichtsverfahren und leerer öffentlicher Kassen voraussetzen. Beim Lesen einer wissenschaftlichen Untersuchung verbleibt ein Ungenügen. Wenn sonst alles durch die gemeinsame elterliche Sorge besser wird, was erklärt dann eine Erhöhung streitiger Verfahren bei den Oberlandesgerichten? Keine sehr wesentliche Frage wegen der nicht allzu hohen Fallziffern, aber ein Anzeichen dafür, dass die Untersuchung nicht die Gesamtheit der Kausalerknüpfungen aufgeklärt hat.
Standardfrage 4: Ist der Umgang mit der Grenze von Kausalaussagen/Interpretationen sorgfältig?
Man kann mit einigen Wissenschaftstheoretikern der Meinung sein, dass jede Faktenmitteilung bereits eine auswählende oder in ihrer Formulierung liegende Interpretation weiterreichender Zusammenhänge ist. Für den Hausgebrauch der Begleitforschung jedenfalls kann man die Textsorten Realitätsfeststellung und wirkende Interpretation durchaus hinreichend klar trennen. Dazu nur ein Beispiel aus dem Text von Proksch: „Demzufolge ist es unabdingbar, die Eltern mit alleiniger elterlichen Sorge in den Blick zu nehmen und zu klären, durch welche Maßnahmen die Rechte ihrer Kinder, insbesondere auf Umgang, zu realisieren sind und nachhaltig gesichert werden können“. Dies ist sprachlich ein sehr offener Appell und damit ein Extrempunkt wertender Stellungnahme. Man hätte ihn höchstens noch deutlicher formulieren können, wenn man den Satz begonnen hätte mit: „Die Bundesregierung wird aufgefordert, ...“.

Die Perfektionierung der Wirkungsforschung

Für öffentliche Debatten und für politische Zwecke ist die Begleitforschung der eben vorgestellten Art sicher jederzeit brauchbar. Ideologen, die eine reale Alleinstellung der Ehe behaupten und normativ diese fordern, müssen nach der Begleitforschung von Proksch zugeben, dass die ehegleiche gemeinsame elterliche Sorge für Kinder auch nach der Scheidung keine Katastrophe und keine unerwarteten Ergebnisse produziert hat. Andererseits fragt es sich natürlich, ob man die vielen Bedenklichkeiten im Detail nicht durch Verbesserung der wissenschaftlichen Arbeit beseitigen kann. Anders gefragt: Wie ist Wirkungsforschung von Gesetzen zu perfektionieren?
Dafür liegt in der rechtssoziologischen Literatur eine Dokumentation eines Forschungsprojektes von Giese und Runde *(Reinhard Giese, Peter Runde, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1999, 14 ff.).* Die methodischen Überlegungen waren entwickelt worden anhand von Problemen der Pflegeversicherung. Es leuchtet ein, dass die Einführung der Pflegeversicherung in jeder Hinsicht der Begleitung bedarf: Geht es am Ende den Pflegebedürftigen besser? Werden die Pflegenden in häuslicher Pflege nicht überbeansprucht? Werden die häuslich Pflegenden unterstützt, ohne dass diese Pflege dann doch wieder aufwendiger würde als öffentliche Modelle? etc. Dabei thematisieren die Autoren ganz am Anfang auch die Schwierigkeit, Ziele eines Gesetzes festzustellen, weil die politischen Vorgaben häufig nicht konsistent sind. Begründungstexte in parlamentarischen Reden und sog. offiziellen Gesetzesbegründungen sind politische Texte, und da wird schöngeredet und so mancher Pelz wird gewaschen und ist angeblich dann doch nicht nass. Für die Autoren aber liegt das Hauptproblem darin, dass das Gesetz nach seiner Einführung von sehr vielen unterschiedlichen Menschen traktiert wird. Man könnte nun, so wie das in der Begleitforschung bei Proksch geschehen ist, statistische Gruppen bilden (also z. B.: 82,7 % der Pflegenden fühlen sich ausreichend durch die gesetzlichen Vorgaben in ihrer Arbeit unterstützt). Das ist für viele Zwecke eine ausreichende Form des Vorgehens, aber gerade im Zusammenhang mit der Untersuchung der Pflege alter Menschen fragt sich besonders, wo die Schwachstellen des vom Gesetz etablierten Systems liegen. Darauf bezogen leuchtet die Problemsicht von Giese und Runde ein, die die Wirkung des Gesetzes gerade

91
auch bei verschiedenen Menschen in den Blick bekommen wollen. Dazu müssen sie die Wissensbestände, Präferenzen und Wahrnehmungsmuster unterschiedlicher Individuen in den Blick nehmen. Es fragt sich dann, ob eine solche Forschung nicht zu einer totalen Zersplitterung der Aussagen führt. Die Autoren sind dieser Meinung nicht, weil sie doch wieder durch Begriffe wie „kulturelle Rahmensteuerung“ Zusammenfassungen von Randbedingungen erreichen. Damit ist klar, dass es um mehrere Ebenen geht. Es geht z. B. um das reale Verhalten bei Pflegeübernahme und Organisation der Pflege, und um die Erklärung von Verhalten z. B. durch Werte und Wissen. All die genannten Größen wollen die Autoren nun im Prozess, also auch in ihrer Veränderung über die Zeit und in eigendynamischen Entwicklungen untersuchen.
Man kann das Referieren des Projektes an dieser Stelle abbrechen, weil das wesentliche schon zu sehen ist. Einerseits lassen sich weitergehende, methodisch genauere Ansprüche an Wirkungsforschung formulieren; andererseits sind die Ansprüche damit so hoch gesteckt, dass ein so ausgelegtes Forschungsprojekt im derzeitigen praktischen, politischen und wissenschaftlichen Geschehen nur selten verwirklicht werden wird. Die Begleitforschung von Proksch ist in einem mehr als 400seitigem Buch veröffentlicht, und wenn er den von Giese und Runde geäußerten Ansprüchen hätte genügen wollen, dann wäre nicht abzusehen gewesen, wie viel 1000 Seiten er gebraucht hätte. Wissenschaftliche Genauigkeit steuert überall und auch in der Rechtssoziologie auf einen Paradox zu: Wer es mit der Genauigkeit als Wissenschaftler übertreibt, der kommt nie zu einem Ergebnis. Wissenschaft ist auch eine Praxis, und der Vorgang wissenschaftlichen Arbeitens und Erkennens in der Zeit muss auch als solcher praktischen Anforderungen genügen. Man darf mithin aus wissenschaftsinternen Gründen die Frage der praktischen Umsetzung von Projekten nicht aus dem Blick verlieren.

Verhaltenssteuerung mit vielen Instrumenten und die grundrechtliche Fallgrube

Unter politisch-praktischem Gesichtswinkel ist natürlich die Frage besonders interessant wie der Gesetzgeber ein Ziel mehr oder minder effektiv zu erreichen versuchen kann. Was muss er tun, damit seine Politik, die er in Gesetzesform gegossen hat, auch das Verhalten der Menschen bestimmt? Die klassische juristische Methodenlehre dürfte dafür Antworten bereithalten wie z. B., dass das Gesetz in klarer Sprache gehalten sein muss. Eine realistische Betrachtung des Rechts als ein Faktor in der Gemengelage der Kausalbeziehungen, die die Weiterentwicklung der Gesellschaft bestimmen, wird den Blick besonders auf Beispiele richten, in denen der Gesetzgeber nicht damit rechnen konnte, dass die Bürger von sich aus geneigt sind, den vom Gesetz gewollten Erfolg kraft eigener Entscheidung unabhängig vom Gesetz herbeizuführen.
Ein solcher in der Literatur diskutierter Fall ist das Züchtigungsverbot. Umgangssprachlich gesagt: Eltern wird verboten, ihre Kinder zu prügeln. Dieses ist in Europa im ausgehenden 20. Jahrhundert ein Gegenstand des öffentlichen Diskurses gewesen und ein Gegenstand der Gesetzgebung in Schweden und in Deutschland. Die politischen Rollen waren verteilt. Konservative Kreise haben immer das Recht (und sogar die Pflicht!) der Eltern betont, ihre Kinder körperlich zu züchtigen, wenn dies für die Erreichung von Erziehungszielen angemessen war. Progressive Eltern und Politiker verneinten dieses Recht und argumentierten mit der Überlegenheit gewaltfreier Erziehung, den Missbrauchsgefahren im Übergang zur Kindesmisshandlung und der Emanzipation junger Menschen schlechthin. Das Exempel bildet die Entwicklung in Schweden. Der Gesetzgeber hat schon 1966 *(ich folge hier der Darstellung von Klaus Ziegert, S. 280 ff. in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 9, hrsg. von Rüdiger Voigt, Opladen 1983)* im Gesetzestext das Recht der Eltern zur Züchtigung beseitigt. Trotzdem wurde dieser Text von Juristen dahingehend zu Recht interpretiert, dass die Eltern erzieherisch schlagen dürften. 1979 kam es zum ausdrücklichen und eindeutigen Züchtigungsverbot. Dieses Züchtigungsverbot scheint auf dem ersten Blick außerordentlich erfolgreich gewesen zu sein, denn die schwedische Gesellschaft hat sich im erheblichen Umfange dahin verändert, dass Prügeln von Kindern eine marginale Erscheinung geworden ist. Die genauere Untersuchung zeigt aber *(Klaus Ziegert a.a.O.)*, dass dieser Erfolg im erheblichen Maße ein dichtes Netz sozialer Unterstützungssysteme zurückzuführen sein dürfte.
Für eine wissenschaftliche Wirksamkeitsforschung ist nun interessant, dass das Nebeneinander verschiedener Ursachen (Gesetzestext, institutionelle Arbeit) nicht mehr in ein Zahlverhältnis zu bringen ist. Aussagen von der Klarheit, ein deutlicher Gesetzestext sei wichtiger als institutionelle Arbeit, sind nicht möglich. Zweitens zeigt das Beispiel, dass eine im Gesetz vorgesehene Sanktion in keinem immer und überall gültigen Verhältnis zur Gesamtwirkung der Bemühungen der politischen Führung und des Parlamentes stehen. Im Fall des schwedischen Züchtigungsverbotes ist der Gesetzgeber offenbar erfolgreich zu der Meinung gekommen, man müsse die Zone der präventiven Maßnahmen und verwaltenden Eingriffe möglichst strafrechtsfrei gestalten. In der späteren deutschen Diskussion wurde an dieser Stelle häufig voreilig argumentiert, der Wegfall eines Züchtigungsrechtes
92

müsse automatisch dazu führen, dass die körperliche Züchtigung als Körperverletzung strafbar sei. Das entsprach der sonst in der Bundesrepublik oft zu hörenden Meinung, dass ein unerwünschtes Verhalten je nach Grad der Unerwünschtheit mit immer höheren Strafen belegt werden muss. Ein kombiniertes Vorgehen einer Regierung und eines Parlamentes mit öffentlichen Kampagnen, Schaffung von präventiv wirksamen Verwaltungsinstitutionen etc. ist nach der schwedischen Erfahrung das günstigste, was man zur Erreichung eines gesellschaftlichen Ziels tun kann.
Für die deutsche Diskussion ist allerdings auf eine juristische Fallgrube hinzuweisen. Man kann aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohne allzu deutlichen Bruch der Regeln juristischer Vertretbarkeit den Satz destillieren, ein Grundrechtseingriff müsse in einem Abwägungsprozess aufgewogen werden von den positiven Zielen, die durch jenen negativen Eingriff erreicht werden soll. Zu diesem Gedankengang scheint dann zwingend zu gehören, dass ein vom Parlament gemachtes Gesetz die Wirkung der Zielerreichung haben muss, und damit öffnet sich die Fallgrube: Wenn die politische Führung effizient mit einem Bündel von Maßnahmen für ein gutes Ziel agiert, dann ist das parlamentarisch gemachte Gesetz immer nur eine von mehreren Ursachen und seine Wirkung ist um so weniger zu bestimmen wie das Instrumentarium insgesamt reichhaltig ist. In einem Zweig der Debatte kann man nun dabei landen, dass auch ein gutes Ziel nicht durch ein klares Gesetz verfolgt werden darf, denn seine Wirkung ist nicht messbar und damit nicht sicher.
Am Beispiel vorgeführt sieht das so aus: Der Gesetzgeber geht in öffentlichen Kampagnen gemeinsam mit den Trägern der Jugendwohlfahrt und schließlich auch durch ein verbietendes Gesetzes gegen die Werbung für den Alkoholkonsum von Jugendlichen vor. In dem genannten Gedankengang wird damit in die unternehmerische, grundrechtsgeschützte Freiheit eingegriffen, und dass das Gesetz dieses erfolgreich tue, lässt sich in der Bündelung von Ursachen (und in den Schwierigkeiten der Prognose) nicht sicher sagen; dann kommt man zur Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Einschränkung der Werbung für den Alkoholkonsum durch Jugendliche. (so im Kern Michaela Mentjes, Rechtliche Grenzen der Alkoholwerbung, Berlin 2005)
Man sieht: Je besser (im Sinne von effektvoller) Regierung und Parlament arbeiten, desto sicherer ist ein Gesetz verfassungswidrig. Diese Fallgrube ist aber nicht von der Rechtssoziologie gegraben, sondern von der Rechtsdogmatik, und diese kann die Grube auch wieder zuschütten. Es geht um die in der Gewaltenteilung angelegten Handlungsspielräume von Regierung und Gesetzgeber. Beide müssen auch bei der Einschränkung von Grundrechten Spielräume der Einschätzung haben, und zwar gerade auch Spielräume der Zukunftseinschätzung. Er muss auch mit trial and error handeln dürfen. Das Ermessen erlaubt nicht, Gesetze zu machen, die sicher von Anfang an für die Erreichung der guten Ziele nichts beitragen, aber negativ die Grundrechte von Bürgern beeinträchtigen. Alles andere ist offen.

Vollzugsdefizit

Ein rechtssoziologischer Text zur Wirkungsforschung darf das Stichwort Vollzugsdefizit *(referierend Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl. Rz 181 -183)* nicht auslassen. Vor einigen Jahrzehnten schien es geradezu eine Entdeckung zu sein, dass viele Gesetze von den verwaltenden staatlichen Institutionen nicht durchgreifend umgesetzt wurden. Seitdem ist dieser Begriff in die Juristen-Umgangssprache und sogar die Bürger-Umgangssprache eingegangen. Dadurch blieben schon die ersten Unterscheidungen auf der Strecke. Das Defizit kann beispielsweise darin bestehen, dass die reale Anzahl von Anwendungsfällen nur zu einem statistischen Bruchteil von der Verwaltung erfasst und bearbeitet wird. Wenn Kinder in nichthinnehmbarem Maße die Schule schwänzen, in wie viel Prozent der Fälle wird das Jugendamt eingeschaltet und in wie viel Prozent der Fälle agiert es? Vollzugsdefizit kann aber auch darin bestehen, dass eine Verwaltung ihren gesetzlichen Auftrag nicht hartnäckig bis zu Erreichung des fallweise erreichbaren Optimums nachkommt. Wie lange forscht ein Jugendamt nach, ob ein Immigrantenkind, das in der Schule fehlt, kein Schulschwänzer ist, sondern für längere Zeit bei den Großeltern in Anatolien wohnt? Ein Vollzugsdefizit kann aber auch dadurch zustande kommen, dass eine Angelegenheit nicht mit der von der Sache her angemessenen und möglichen Schnelligkeit bearbeitet wird. Dieses Problem kann man exemplarisch nachvollziehen anhand der Untersuchung von Gisela Zens zur Entscheidungsrationalität im Umgang mit Kindesmisshandlung *(Gisela Zens, Kindesmisshandlung und Kindesrechte – Erfahrungswissen, Normstruktur und Entscheidungsrationalität, Frankfurt 1979, S. 137).* Zens analysiert eine vollständige Akte, in der sich ein Jugendamt um Kindeswohl bemüht. Die Abfolge der Verfahrensschritte zwischen den beteiligten Institutionen (Jugendamt, Vormundschaftsgericht, Strafgericht, Gutachten etc.) ist aber ersichtlich nicht durchgängig koordiniert und in seiner Bedeutung für das Wohl des betroffenen Kindes jedenfalls nicht durchgängig reflektiert. Nur ein Beispiel: „Wie soll aber ein Kind Distanz zu traumatischen Ereignissen gewinnen, wenn es ein Jahr lang alle paar Wochen (von wechselnden
93
Personen bzw. „von Behörden“, wie es selbst sagt) erneut damit konfrontiert wird“? *(Zens, a.a.O. S.*

135).
Im übrigen aber fehlt es für die neuere Zeit an Untersuchungen zum Vollzugsdefizit, die exemplarischen Charakter hätten. Es verbleibt viel Munition für politische Schaukämpfe, weil immer die Frage gestellt werden kann, was bei der personellen und sachlichen Ausstattung der jeweiligen Behörden in den Zeiten des Sparens und der gewollten Verringerung der Staatsquote überhaupt vollziehbar war.

Symbolische Normen

Die Rede von einem „bloßem symbolischen Gesetz" hat es sicherlich in der Umgangssprache der Juristen lange gegeben. Die Beschäftigung mit diesem Phänomen ist nötig, damit man nicht auf der Ebene eines Stammtischgejammers verbleibt. Symbolische Normen sind nicht notwendig die schlimmere Form dessen, was schon unter dem Stichwort Vollzugsdefizit zu beklagen war, also Gesetze, die von vornherein nicht angewendet werden sollen. Symbole sind nicht belanglos. Wie sonst sollte man sich erklären, dass im dichten Anschluss an die Verbürgung der Rechts- und Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland (Art. 20 GG) dann Art. 22 folgt „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold." Um diese Farben der Flagge ging in der Weimarer Zeit eine üble Auseinandersetzung, in der antidemokratische Kreise das Symbol der Paulskirche und der Republik verunglimpften. Der Sieg des Nationalsozialismus im Januar 1933 wurde durch ein ungeheuerliches Aufgebot Flaggen gefeiert, und auf dem Hintergrund dieser Geschichte ist ein Symbol aktive Politik, gegossen in einen Grundrechtsartikel. Man muss also die Aufmerksamkeit für die realen Wirkungen und Zusammenhänge schärfen.
Die neueste einschlägige Untersuchung von Newig *(Jens Newig, Symbolische Umweltgesetzgebung: Rechtssoziologische Untersuchungen am Beispiel des Ozongesetzes, des Kreislaufs Wirtschaft- und Abfallsgesetze sowie der Großfeuerungsanlagenverordnung, Berlin 2003)* unterscheidet Alibigesetzgebung, Kompromiss-Gesetzgebung und appellative Gesetzgebung. Quer zu dieser Terminologie liegt die Frage, ob der Gesetzgeber bereits ein Vollzugsdefizit programmiert habe.
Das wird zuerst einmal bei der Alibi-Gesetzgebung anzunehmen sein. Ein überzeugendes Exempel ist die Einführung des § 108 e StGB im Jahre 1994, Strafbarkeit der Abgeordneten-Bestechung. Danach wird derjenige bestraft, der es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen. Eine Verurteilung nach dieser Norm ist nicht bekannt geworden *(Newig a.a.O. S. 52 mit Nachweis).* Im gewissen Sinne handelt es sich um blinden Aktionismus des Gesetzgebers, aber um recht unschädlichen. Ein Gesetzbuch ist um einen Paragraphen verlängert worden; der Aufwand der Abgeordneten an Zeit und Aufwand für das Gesetzblatt an Papier halten sich in engen Grenzen. Niemand hatte sinnvolle Vorschläge parat, wie man der materiellen Beeinflussung von Parlamentariern effektvoll entgegenwirken könnte. In dieser Situation reagierte der Gesetzgeber auf etwas, was in der Öffentlichkeit skandalisiert wurde, und die hauptsächliche Wirkung des Gesetzes muss wohl darin bestanden haben, dass die Tagespresse über die Einführung berichtete. Der Bürger erfuhr: Das Parlament hatte gehandelt. Kurz darauf dürfte die Norm wieder vergessen gewesen sein und sie ist es bis heute. Fälle, in denen einzelne Abgeordnete unter dem Schutz der geheimen Abstimmung erwartungswidrig bestimmt haben (Nichtwahl von Heide Simonis in Schleswig-Holstein 2005), sind in der Öffentlichkeit ohne Erwähnung von § 108 e StGB diskutiert worden. Anders als ein Symbol der Republik der schwarz-rot-goldenen Bundesfahne, ist jene Norm als Tagesereignis offenbar schon lange vergessen. Bei solchen Normen dürfte die negative Besetzung des Terminus symbolische Gesetzgebung berechtigt sein.
Als Kompromissgesetzgebung bezeichnet Newig *(a.a.O. S. 52)* Gesetze, in der ein politischer Kompromiss materiellrechtlich dokumentiert wird. Dieser äußert sich darin, dass die eine Gruppe mit einem ihren materiellen Interessen entsprechenden Ziel sich im Gesetz wiederfindet, die andere Gruppe dahingegen die Nichtdurchsetzbarkeit dieses Zieles mit auf dem Weg geben kann. Es geht um Formulierungen wie zwingende Erfordernisse, ordnungsgemäße Beseitigung, erhebliche Nachteile, überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohl. Nun sind solche Formeln nicht inhaltslos. Die Benennung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl z. B. verneint die alleinige Relevanz von Individualinteressen. Eine Institution, die damit umgeht, hat entweder die politische Macht, die ihre Vorstellungen vom richtigen und guten wirtschaftlichen Handeln durchzusetzen, oder sie hat sie nicht. Die Existenz der Norm als Ansammlung von Druckerschwärze auf Bundesgesetzblattseiten selbst wird jenes Handeln nicht erzwingen und wohl auch nicht wesentlich voranbringen. Die Wirkung besteht darin, dass eine durchsetzende Instanz um eine Kleinigkeit effektvoller argumentieren kann als sie es ohne jene Norm könnte. Außerdem sind für jenes Argumentieren die Themen festgelegt. In der Methodenlehre ist bekannt, dass Topoi auch
94
heuristische Funktionen haben. Wenn man z. B. mit dem überall und immer in der Rechtsanwendung geläufigen Argument der Praktikabilität arbeitet, dann eröffnet dies in vielen Fällen ein näheres Nachdenken darüber, woran Praktikabilität zu messen und zu erkennen ist. Ausgehend davon kann

man rationaler argumentieren, als es ohne thematische Eingrenzung der Fall wäre. Topoi sichern außerdem ab, dass man überhaupt miteinander ins Gespräch kommt. So ist etwa der Fall kaum vorstellbar, dass jemand bei der Interpretation einer Norm schlicht erklärt, ein Gesetz müsse nicht praktikabel sein. Im Falle der genannten Norm wird niemand mehr erklären können, Gemeinwohlüberlegungen täten schlicht nichts zur Sache. Neben der heuristischen und themenzentrierenden Funktion der Formel ist auch schon ein spezifisches Moment der Symbolik erkennbar. Mit Gemeinwohl wird angeschlossen an eine durchgängige Diskussion in der europäischen Geschichte. Mit solchen Wortformeln wurden im Selbstverständigungsprozess der westeuropäischen Gesellschaft durchaus Inhalte transportiert. Nur als Beispiel: Wer sich positiv auf Gemeinwohl bezieht, der grenzt jedenfalls Meinungen aus, wonach alle Geschichte die Geschichte von Klassenkämpfen ist.
Appellative Gesetzgebung liegt nach Newig dann vor, wenn gesellschaftliche Wertungen kodifiziert werden, ohne das dies mit konkret umsetzbaren, rechtsverbindlichen Zielen verbunden ist. Die Worte dafür schwanken. Man kann auch *(Newig a.a.O. S. 53 mit weiteren Nachweisen)* von Deklarationen, Wertbekenntnissen oder vom moralischen Appellcharakter sprechen. Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht gemeint, ein Gesetz sei nicht nur „Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse *(Bundesverfassungsgericht NJW 1975, 580, Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung)*. Das Gesetz kann auch ein Appell sein. Kandidaten, an denen man Brauch und Missbrauch solcher Appelle diskutieren kann, sind die folgenden:
§ 90 a BGB: Tiere sind keine Sachen.
§ 1353 Abs. 1, Satz 1 BGB: Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen
§ 1618 a BGB: Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig.
Betreffend der Tiere wird die appellative Wirkung im Text kaum entfaltet. Der Bürger erfährt bereits im nächsten Satz, dass Tiere durch besondere Gesetze geschützt sind. Solange dieser Bürger kein Rechtsbrecher ist, ist die Welt in Ordnung, und das mit und ohne § 90 a BGB. Ein solcher Paragraph riecht nach politischem Wahlkampfaktionismus. Charakteristisch ist auch rechtstechnische Schlampigkeit, mit der diese Norm gemacht worden ist. Man hat nämlich ein Anschlussproblem nicht ausreichend beachtet: Wenn man durchgängig in der Rechtsordnung den Satz akzeptieren wollte, dass Tiere keine Sachen sind, dann wäre die Tötung eines Tieres keine Sachbeschädigung nach dem Strafgesetzbuch und damit in vielen Fällen straflos. Der Schutz der toten Sachen wäre gesetzlich besser als der Schutz der Tiere. Das müssen erst Juristen durch einen speziellen Sachbegriff des Strafgesetzbuches zurechtstutzen.
Dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird, wird nicht im direkten Anschluss durch Folgenormen konterkariert. Es ändert zwar an der Scheidbarkeit der Ehe nichts, aber diese ist rechtstechnisch abgesetzt. Der Inhalt der Norm bezeichnet positiv das Gewollte, nämlich die Beendigung der Ehe allein durch den Tod eines Partners. Man vergleiche damit die Tatsache, dass der Satz „Tiere sind keine Sachen“ umgangssprachlich genauso wahr ist, wie der Satz „Tiere sind keine Autos“. Der Appell zur lebenslangen Ehe ist dahingegen positiv lesbar.
Noch deutlicher ist der appellative Charakter bei § 1618 a BGB. Hier ist es namentlich die etwas altfränkische Sprachform, die die europäische Tradition der guten alten Zeit ins Gedächtnis ruft, in der Eltern und Kinder ihr Leben lang durch Liebe und Fürsorge verbunden war. Solche rhetorischen Mittel sind nicht unüblich und auch nicht illegitim. Eine Gegenmeinung in diesem Punkte verabsolutierte zu Unrecht die Idee des Konditionalprogramms *(vgl. Gerhard Struck, Das Gesetz als Kommunikation des Gesetzgebers mit dem Bürger, in: Rechtstheorie 32, 2001, 373 mit weiteren Beispielen zu Gesetzen, die nicht instrumental zu verstehen sind).* In der Kommentarliteratur wird z. T. versucht, § 1618 a BGB als Generalklausel zu instrumentalisieren. Damit wird der Appell schon recht dicht an ein Kommando gerückt.
An dieser Stelle muss man sich noch einmal zurückerinnern an eine der Ausgangsproblematiken. Gilt die Norm in Deutschland, dass ein real unwirksames Gesetz auch juristisch nicht wirksam, also z. B. verfassungswidrig ist? Die genannten Beispiele zeigen, dass man bei symbolischer Gesetzgebung schon sehr genau untersuchen muss, welches die nichtinstrumentellen Funktionen eines Gesetzes sein können. Man wird in der politischen und dann auch rechtspolitischen Diskussion mit der Forderung nach instrumentellen Gesetzen einigen Erfolg haben, und es handelt sich auch im übrigen
95
um eine relevante Kategorie zur Beurteilung von konkretem Gesetzgeberhandeln, aber entscheidend ist die Aufarbeitung der von Norm zu Norm unterschiedlichen Probleme der Symbolik.

Der dezente Staat

Insgesamt löst man sich immer weiter von der aus wilhelmischen Zeiten überkommenen Vorstellung, das Gesetzeswirkung im Gesetzesgehorsam des Bürgers gegenüber dem Gesetzeskommando besteht. Namentlich am Beispiel des Umweltrechtes als modernem Rechtsgebiet ist mit der Rede vom „dezenten Staat“ die Erkenntnis signalisiert, dass modernes staatliches Handeln sich immer weiter

entfernt von solcher Zugänglichkeit für rechtssoziologische Methodik. Volkmann *(Uwe Volkmann, JuS 2001, 521 ff.*) hat die These übersichtlich behandelt, dass ein moderner Staat in Regierung und Parlament das gesamte Spektrum wirksamer Verhaltensweisen für seine guten und richtigen Ziele ausnutzt. Er zählt auf: Appell und Suggestion, Information und Kommunikation, Kooperation und Verhandlungen, Anreize und Prämien, Monetarisierung und Marktregime, vordefinierte Spielraumstrukturen und Ausweichoptionen, Organisationsvorgaben und Lernimpulse.
Der Deutlichkeit wegen sei ein Gedankenexperiment vorgestellt.
Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland erfährt, dass alles Straußenfleisch mit Erregern von Milzbrand infiziert ist. Die Bundesgesundheitsministerin nutzt eine bestehende Verordnungskompetenz und schafft im eiligsten Verfahren eine Norm, wonach es mit Freiheitsstrafen bis 2 Jahren bestraft werden kann, wenn man Straußenfleisch verkauft oder kauft. Nehmen wir in dem selben Gedankenexperiment an, die Niederländische Gesundheitsministerin setze eilig mit Einladung an alle Fernsehanstalten eine als Priorität 1 deklarierte Pressekonferenz an, in der sie verkünde, dass alles Straußenfleisch auch in den Niederlanden mit Milzbranderregern verseucht ist. Welche von beiden Vorgehensweisen wird wohl die wirksamere für die Vermeidung von Erkrankungen sein sein?
In der Dogmatik des Öffentlichen Rechts ist deshalb ein zunehmender Konsens ersichtlich, dass Maßnahmen des dezenten Staates außerhalb von Befehlen der Normen nicht deshalb schon außerhalb des Rechtsstaats und der rechtsstaatlichen Kontrolle liegen. Sie sind weder generell verboten, noch sind sie generell als bloße Politik der rechtlichen Kontrolle entzogen.
Für die rechtssoziologische Wirkungsforschung eröffnet sich damit ein neues weites Feld, dass aber noch schwerer zu beackern sein dürfte, als die alte Frage nach der Wirkung eines befehlenden Gesetzes *(vgl. Thomas Müller-Graf, Entrechtlichung durch Informalisierung?: Ein Beitrag zur Handlungsformen- und zur Rechtsverhältnislehre im Verwaltungsrecht, Basel 2001).*

96

Kap. 14

Der Gebrauch von Recht durch den Bürger

Das normative Bezugsproblem: Rechtsstaat

Die Idee des Rechtsstaats bedeutet nicht nur, dass der Bürger entsprechend vorhandenem Recht (nicht nur nach Tradition oder durch Willkür) regiert wird, sondern auch, dass der Bürger seinerseits Gewalt nur vermittelt über das staatliche Gewaltmonopol ausüben kann. Man kann nicht oft genug daran erinnern: Auch der von zwei Privatleuten geschlossene Vertrag ist die Basis für ein zivilrechtliches Urteil, das bei Bedarf vom Gerichtsvollzieher mit Gewalt vollstreckt wird und bei entsprechendem Bedarf nötigenfalls von der Polizei mit genau denselben Gewaltmitteln durchgesetzt wird wie sie bei der Auflösung einer verfassungsfeindlichen Demonstration zum Einsatz kommen (§ 758 Abs. 3 Zivilprozessordnung). Wenn man Rechtstaatlichkeit als Realität einfordern will, dann muss man folgerichtig diverse Unterfragen ausdifferenzieren. Werden die Bürger real gleich behandelt, wenn sie – burschikos gesagt – der Gegenstand der Rechtsanwendung sind? Da sich die Frage nicht auf die Gleichbehandlung im Einzelfalle richtet, also auf dem Vergleich des Individuums A mit dem Individuum B, werden bei der Bemessung der Realeffekte große kollektive andere Maßstäbe der Gleichheit politisch zu fordern sein. Haben die Bürger ihrerseits im Großen und Ganzen die Möglichkeit, von Recht und Justiz Gebrauch zu machen, d. h. überhaupt in Verfahren einzutreten und solche Verfahren mit prinzipiell gleichen Chancen bis zu einem Ende voranzutreiben? Sind Gesetze und Justiz prinzipiell geeignete Instrumente, oder sind sie von anderen Instrumenten an Effizienz überbietbar? Wenn die Justiz nun einmal das Risiko der Gewaltausübung verwaltet, wie können die Bürger dann das Risiko minimieren (dabei wird vorausgesetzt, dass es mehr Möglichkeiten gibt als sog. rechtstreues Verhalten)? Vom Rechtsbegriff Rechtsstaat aus ist eine andere Frage randständig, die in der Wissenschaftssystematik der Rechtssoziologie aber einen anderen Stellenwert haben könnte: Welchen Gebrauch machen die Bürger von den Institutionen des Rechtssystems jenseits ihrer offenbaren normativen Zwecke und wie schaffen die Bürger vielleicht selbst die Normen, die Funktionen erfüllen, die üblicherweise staatlichem Recht zugeschrieben werden? Solche Fragen könnte man sicherlich noch viel ausdifferenzieren. Hinzutretend historisch bedingte Besonderheiten, die man für die deutsche Diskussion als Problem ansehen kann. In Deutschland besteht z. B. die politische Tradition, dass nicht nur die Strafjustiz, sondern auch die Ziviljustiz und andere Justizzweige nicht durch Gebühren restlos finanziert werden, sondern in nicht vernachlässigbarem Umfang Geld aus dem allgemeinen Steuertopf konsumieren. Darauf bezogen ist die Frage interessant, welche kostengünstigen Alternativen es bei der Erfüllung welcher Funktionen gibt. Schon die wenigen Beispiele zeigen, dass es ein gewisses Konglomerat als Einzelfragen gibt, die nicht von einem Leitgedanken her aufzugliedern sind. Man darf also die oft zu hörende Meinung nicht verabsolutieren, dass Rechtsgebrauch darin bestehe, dass Recht als Konfliktregulierung erfolgreich eingesetzt werde.

Die Maschinenmetapher der Gesellschaft und ihr Ertrag für das Thema Rechtsgebrauch

Bildersprache verführt zu falschen Ideen, aber sie führt manchmal auch zu richtigen Ideen, also zu neuen Einsichten.
In diesem Sinne kann man versuchen, aus dem Bild der Gesellschaft als Maschine zu lernen. Dieses Bild ist in keinem klassischen Text ausformuliert, aber es wird unendlich oft in Anspruch genommen. In vielen Texten ist die Rede von dem Räderwerk, den kleinen Rädchen, der Vorwärtsund der Rückwärtsbewegung, dem erhöhten Tempo etc der Gesellschaft.
Was sagt das Bild zu Recht in der Gesellschaft und zum Rechtsgebrauch?
Wer von Maschinen wie dem Automobil spricht, muss mindestens dreierlei Regelkomplexe unterscheiden. Da gibt es einmal Basisregeln, die der Nutzer gar nicht kennen muss. Eine solche Regel lautet:
Ein Gas, das erwärmt wird, dehnt sich aus.
Ein Ingenieur muss dieses psysikalische Gesetz kennen, aber wenn er es kennt, kann er damit nicht etwa schon ein Auto bauen. Er befindet sich in derselben Lage wie ein Amtsrichter in einem Prozess um eine verunglückte Pauschalreise, der die Regel kennt:
Art. 20 Abs 3 Grundgesetz: Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.
97
Für die Benutzung des Autos sind die ganz anderen Regeln der Betriebsanleitung wichtig. Die lauten zB:
Zum Anfahren nimmt man den Gang heraus, betätigt den Zündschlüssel, tritt die Kupplung, geht in den ersten Gang und lässt jetzt die Kupplung sanft kommen.
Der Gebrauch dieser Regel ähnelt dem Gebrauch von Bilanzvorschriften wie zB
§ 340 d HGB Fristengliederung. Die Forderungen und Verbindlichkeiten sind im Anhang nach Fristigkeit zu gliedern.
Automobile wären aber nicht brauchbar, wenn es nicht Reparatur- und Störungsanweisungen. Solche Regeln lauten zB
Zum Auswechseln einer kaputten Fernlichtbirne öffnen Sie die Motorklappe, ziehen den Scheinwerfer aus der Halterung nach innen in den Motorraum, entfernen die Altbirne und befolgen weiter die Anweisungen, die der neuen Elektrobirnenverpackung beigegeben sind.
Solche Anweisungen ergeben sich keinesfalls aus den Konstruktionsplänen und sind nicht die blosse Umkehrung oder der blosse Nachvollzug des ursprünglichen Einbaus. Sie haben eine so eigene Qualität wie die rechtliche Reaktion auf die vollmachtlose Stellvertretung in § 179 Abs. 1 BGB. Nach Wahl des Geschäftspartners haftet der „Vertreter ohne Vertretungsmacht“ (offenbar so etwas wie ein Anlasser, der nicht anlässt) auf Erfüllung oder Schadensersatz. Nach den dogmatischen Grundregeln kann es keine richtige Erfüllung geben, denn es gab keinen Vertragsschluss. Die Störungsbeseitigung ist nicht der Vollzug der Basisregel Privatautonomie, aber das Ergebnis ist die gesellschaftlich angemessene Reaktion und das bedeutet: gerecht.
Die Maschinenmetapher der Gesellschaft lehrt, dass unter dem Oberbegriff Recht qualitativ sehr verschiedene Regelapparate zusammengefasst sind. Sie spricht dafür, dass man auch beim Thema „Gebrauch von Recht“ differenzieren muss.

Formen der Instrumentalisierung von Recht als ein Feld von Forschungen

Man muss also von vornherein Vorsicht walten zu lassen im Umgang mit gewissermaßen flächendeckenden großen Hypothesen.
Zur Verdeutlichung sei in Karikatur eine solche große Hypothese genannt: Justiz ist ein staatlich subventionierter Dienstleistungsbetrieb für den Mittelstand und damit eine Diskriminierung von Unter- und Oberschicht.
Der Gebrauch von Recht wird weithin sicherlich zuerst in Gestalt einer „einfachen“ Geschichte vorgestellt.
Ein Familienvater lässt einen Bauunternehmer ein Haus bauen und bezahlt; 5 Monate nach dem Einzug wuchern im Keller die Schimmelpilze und der Bauherr will vom Bauunternehmer soviel Geld, dass er die wohl versäumte Isolierung mit nachträglichen Reparaturen einfügen kann. Der Bauunternehmer meint, er habe alles plangemäß und richtig gemacht, und besagter Familienvater soll nur ordentlich lüften und heizen.
Eingeschlossen ist schon in der mitgeteilten kleinen Geschichte, dass die Gesetzeslage ebenso wie die tatsächliche Lage nicht restlos klar sind. Es gibt eine Varianzbreite von immer noch plausiblen Lösungen solcher Konflikte, die übrigens auch in verschiedenen Rechtsordnungen normiert sein können. Im Beispiel: Gibt es nur Schadensersatz in Geld, oder hat der Kläger, wenn er im Recht ist, die Wahl zwischen Schadensersatz in Geld und der Anforderung einer Nachbesserung durch Bauunternehmer, oder kann der Bauunternehmer auf Reparatur beansprucht werden, und gibt es ein vorläufiges beweissicherndes Verfahren, und wie viel Zeit hat der Bauherr mit der Rechtsverfolgung bevor Verjährung eintritt etc. Außerdem verbindet sich mit dem hier vorgestellten „normalen“

Gebrauch von Recht die Idee, es handle sich um einen Konflikt. Häufig wird sogar gesagt, das ganze Rechtssystem leiste Konfliktlösung, was dann natürlich das Feld möglicher Hypothesen zur Realisierung von Rechtsstaat sehr einengt. Tatsächlich werden in solchen Fällen die Schreiben der Beklagten in der Klagebeantwortung im Wesentlichen zusammengefasst werden können in den Satz: „Der Kläger lügt!"
Aber ist damit schon gesagt, dass der Gebrauch von Recht in einer vom Bürger gesteuerten Lösung eines Konfliktes bestehe? Stellt man sich den oben dargestellten Familienvater vor, dann kann man sich ihn auch als Begleiter seines Rechtsanwaltes im Gerichtssaal vorstellen, wie er über Schimmel und Schimmelgeruch und schlechte Handwerksarbeit schimpft; und man kann sich auch den kleinen Bauunternehmer vorstellen, der zurückschimpft. Damit ist der umgangssprachliche Gebrauch des
98
Wortes Konflikt angezeigt. Stellt man sich bei der Frage nach den Normalfall des Rechtsgebrauchs eine Aktiengesellschaft vor, die sich von einer größeren Bau-GmbH einen Bürobau erstellen lässt, dann wird derselbe Prozess um Schimmel im Keller womöglich keinen Menschen erregen. Es geht dann um einen Kostenpunkt, der die Bilanzen der beiden Beteiligten um einen minimalen Promillesatz der Umsätze und Gewinne verändert. Die beteiligten Rechtssubjekte sind einer so erzählten Geschichte sich nicht einig über das, was geschehen soll, ohne dass bei dieser Meinungsverschiedenheit gleich das affektgeladene Wort Konflikt am Platze ist.
Zu erinnern ist auch an die Normmassen, die in Gestaltungen einbezogen werden können. Wenn ein Mann beim Notar eine Ein-Mann-GmbH gründet, dann nutzt er erstens Notarrecht und zweitens das GmbH-Recht. Vielleicht steuert er damit eine Situation, die umgangssprachlich Konflikt genannt werden könnte, und die sich Jahre später ereignen mag: Wenn die Gläubiger dieser GmbH im Vertrauen auf die Seriösität ihres Gründers viel Geld geliefert haben und dann im Konkursfalle erfahren müssen, dass die Gesellschaft beschränkt haftet und der Gesellschafter überhaupt nicht.
Das materielle Recht der Bundesrepublik Deutschland bindet den Bürger in ganz verschiedener Weise ein. Wer vor dem Standesamt heiratet, der kann in 99 von 100 Fällen im weiteren Geschäfte zur Erfüllung des täglichen Bedarfs mit Wirkung für seinen Ehepartner abschließen, weil § 1357 BGB für ihn gilt. Weiterhin gilt, dass die durch Behördenhandeln zustande gekommene Institution Ehe nur durch einen Antrag bei Gericht und ein Urteil beseitigt werden kann. Ist auch der Eheschluss schon Rechtsgebrauch, weil im Rechtsstaat die Beamten an Recht gebunden sind, oder können wir Rechtsgebrauch dadurch definieren, dass die legal zustande gekommene Ehe nur durch Richterspruch beendet werden kann? Wenn man voreilig das letztere sagen wollte, dann könnte man übersehen, dass immer noch die Mehrzahl der Ehen völlig ohne Rechtsgebrauch durch das Naturereignis Tod enden.
Auf andere Weise hat das Deutsche Recht die Frage des Rechtsgebrauchs bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen verkompliziert. Kündigungsschutzverfahren finden in zahlenmäßig großem Umfange statt, aber alle Beteiligten wissen, dass typischerweise nicht der Arbeitsplatz erhalten wird, wie man das bei Besichtigung der normativen Ausgangslage denken könnte. Erfolgreich hat derjenige Arbeitnehmer das Justizsystem für seine Zwecke eingesetzt, der einen günstigen Abfindungsvergleich erreicht. Für die Abfindungssumme gibt das materielle Arbeitsrecht keine Regeln vor. Das unterscheidet solche Vergleiche wiederum von den sehr häufigen Vergleichen in Unterhaltsverfahren. Dort steuert der Richter den Vergleich, der viele Details und zum Teil Unwägbarkeiten einer pauschalen Lösung zuführt, sehr zielstrebig an und die beteiligten Vertragsschließenden verhandeln „im Schatten des Rechts"; das soll heißen, dass der Richter sie zu einem Vergleich mit dem Argument drängt, das Urteil falle ohne ihren Vergleich teurer und verzögerlicher und am Ende sowieso dann so aus, wie man sich jetzt vergleichen könne. Das klassische Feld solcher Vergleich ist das Unterhaltsrecht.
Besondere Aufmerksamkeit verdient wegen seiner hohen Praktikabilität das Instrument des Mahnbescheids. Der Empfänger dieses Mahnbescheides setzt sich durch Nichtstun der Folge aus, dass der Gerichtsvollzieher den Inhalt des Mahnbescheids mit staatlichem Gewaltmonopol durchsetzt. Die Kontrolle, dass der Gewalteinsatz auch in Übereinstimmung mit der wahren Rechtslage ist, ist kompliziert geregelt und im Ergebnis sehr schwach. Gedroht wird eigentlich durch den Mahnbescheid nicht mit Recht, sondern nur noch mit dem Teilaspekt Gewalt des Normenvollzugs. Allerdings steht der Verdacht im Raum, dass ein Teil derjenigen, die mit einem Mahnbescheid behelligt werden, einfach die Einspruchsfristen nicht wahrnimmt und – inhaltlich zu Unrecht – zu einer Zahlung gezwungen wird. Wer hierauf bezogen von Mobilisierung oder Gebrauch von Recht sprechen will, der muss gebührend sorgfältig formulieren. Gebraucht wird eine prozessuale institutionelle Vorkehrung, ein zur Verfügung gestellter Apparat, und nur insofern wird Recht gebraucht.
Ganz anders ist die Situation zwischen dem Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen und einem Verbraucherschutzverband. Dem Verband wird durch das Unterlassungsklagengesetz die praktisch relevante Möglichkeit eingeräumt, neue bessere Allgemeine Geschäftsbedingungen zu

erzwingen. Auch hier passt die Rede vom Konflikt überhaupt nicht. Darüber hinaus zeigt das Beispiel, dass man sich mit der stillschweigenden Voraussetzung vorsehen muss, Recht diene der Interessendurchsetzung. Im genannten Falle agiert der Verbraucherschutzverband stellvertretend für viele, unbekannte, zukünftige Verbraucher, die diesem Verband nie angehören werden. Die eigenen Interessen der Verbandsgeschäftsführer und der Verbandsmitglieder sollen nach der normativen Ausgangslage gerade keine Rolle spielen.

99

Ein eigenes Feld ist der Gebrauch von Recht auf dem strafrechtlichen Sektor. Wer bewirkt was mit welchen Anzeigen oder Nebenklagen und wie selektieren Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte? Solche Fragen bleiben der Kriminologie überlassen.

Vergleiche nationaler Schlüsseldaten

Wenn man nach den Steuerungsgrößen für den Gebrauch oder Nichtgebrauch von Recht sucht, dann empfiehlt es sich, einige Informationsblöcke einzuschieben. Ein durch statistische Jahrbücher einigermaßen zugänglicher Bereich sind die Ziffern für Zivilverfahren pro Jahr pro Million Einwohner eines Landes.

Die Probleme lassen sich an den Ziffern für 1984 zeigen, die Blankenburg in die einschlägigste Veröffentlichung von 1995 als aussagekräftig übernommen haben *(Christian Wollschläger in: Blankenburg, Prozessflut? Köln 1989, zitiert nach Erhard Blankenburg, Mobilisierung des Rechts – Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin u. a. 1995, S. 97)*. Verglichen worden sind Länder mit vergleichbaren kulturellen Gegebenheiten *(damit fällt z. B. der Bericht von Gessner über Mexiko heraus, vgl. Volkmar Gessner, Recht und Konflikt, Tübingen 1976)*. Blankenburg hat sich bemüht, die Zivilverfahren herauszustellen, die Prozesse im umgangssprachlichen Sinne sind, also unter Außerachtlassung der formularmäßigen Abwicklung von Mahnbescheiden. Es ergibt sich:

In Österreich 50.200 streitige Zivilverfahren mit 4.300 Berufungen;
Belgien 48.000 Zivilverfahren (hier incl. Schuldbeitreibung) mit 5.360 Berufungen;
Bundesrepublik Deutschland 35.610 streitige Zivilverfahren mit 2.510 Berufungen.
Dahingegen zeigen sich in Frankreich und Italien ganz andere Ziffern:
Frankreich 19.500 streitige Zivilverfahren mit 2.500 Berufungen;
Italien 16.400 streitige Zivilverfahren mit 1.450 Berufungen.
Nochmals zeigen sich ganz andere Ziffern für
Dänemark 48.000 Zivilverfahren incl. Schuldbeitreibungen, aber 640 Berufungen;
Niederlande 14.300 streitige Zivilverfahren mit 370 Berufungen;
Japan (sogar incl. summarischer Familienverfahren, 5.000 Zivilverfahren mit 150 Berufungen.

Die Ziffern zeigen große Unterschiede. Wie ist zu erklären, dass die Österreicher rund drei mal so viele Prozesse anfangen wie die Niederländer und dass sie dann auch noch ganz überproportional häufig im Vergleich zu den Niederländern in eine zweite Instanz eintreten? Von der Beantwortung dieser Fragen hängt schließlich ab, mit welchen Steuerungsversuchen man jeweilige politische Ziele in diesem Bereich zu erreichen versuchen könnte.

An dieser Stelle kann man wissenschaftlich derzeit nur eine gewisse Systematisierung von Fragestellungen und Erklärungsebenen versuchen.

Eine erste Erklärungsebene wäre die Existenz von konkurrierenden anderen Normensystemen, die für Österreich, Dänemark und Japan sehr unterschiedlich wären. Nur als Überlegung: Es könnte sein, dass die geringe Häufigkeit von Prozessen in Japan Teil der tradierten Kultur sind. Man erinnert hier gern an das formale Harmoniebedürfnis der Ostasiaten allgemein und namentlich der Japaner, und an die Wichtigkeit, nicht sein Gesicht zu verlieren, in diesen Kulturen. Der Spruch eines außenstehenden Richters könnte ein Gesichtsverlust sein. Auf der selben Ebene der allgemeinen Kultur läge es, wenn man den Dänen nachsagt, als Schuldner und als verpflichteter Handwerker im Geiste der protestantischen Ethik sehr viel zuverlässiger Pflichten aller Art zu erfüllen als dies in Italien der Fall ist. Man könnte sich vorstellen, dass ein dänischer Bauunternehmer im o. g. Beispiel sehr viel eher nach der Devise handelt: Ich lasse mir doch nicht nachsagen, ich hätte Pfusch geliefert; da grabe ich lieber alle Fundamente auf und sichere ab, dass meine Handwerkerehre nicht durch Berichte über diesen Fall in meiner Kleinstadt und in meiner Kirchengemeinde beschmutzt wird. Zu solchen Erklärungsmodellen ist zu bedenken, dass der Unterschied zwischen Japan und europäischen Nationen wohl als groß eingeschätzt werden kann, aber dass die Differenzen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich, zwischen Österreich und den Niederlanden so nicht plausibel erklärt werden können.

Die zweite Ebene wäre die Ebene der materiellen Berechtigung. Plausibel ist, dass dort, wo mehr Pfusch am Bau geleistet wird, anschließend mehr prozessiert wird. Dazu ist zu bemerken: Das Ausmaß der Unterschiede spricht gegen eine hohe Erklärungskraft dieses Datums. Auch wenn Österreich und Italien im aufgeführten Jahr noch nicht in einem fortgeschrittenen gemeinsamen europäischen Markt waren, dann war jedenfalls nicht die italienische Bauwirtschaft oder die sonstige

italienische Schuldnerschaft europaweit berühmt für Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit. Außerdem gilt für die Suche in ausser-justiellen Gegebenheiten selbstverständlich, dass sie die unterschiedliche Häufigkeit von Instanzenbeanspruchungen nicht erklären kann. Insoweit wäre der
100
gesamtgesellschaftliche Ansatz interessanter. Es leuchtet ein, dass in einem Land mit ganz starkem tradierten Harmoniebedürfnis es ein stark abweichendes Verhalten darstellt, wenn man sogar noch über zwei Instanzen prozessiert.
Als Ursachen kommen auch Gegebenheiten der Justiz in Frage. Wie einfach ist es, Klage zu erheben (kann das privatschriftlich geschehen oder nur vermittelt über einen Anwalt, wie hoch sind die Anforderungen an die Beachtung anderer Formalien wie z. B. Antragstellung etc.? Welche Beratungssysteme arbeiten im Vorfeld? Auf dieser Ebene ist auch zu fragen nach den klassischen Themen des Stichwortes „Klassenjustiz“. Wird der Angehörige der breiten Unterschicht durch drohende hohe Kosten und vielleicht sogar ganz plump durch Prozesskostenvorschüsse abgehalten, einen Prozess anzufangen?
Wichtig ist nun, dass man sich die politische Ambivalenz der Steuerungsgrößen klar macht. Die Frage, ob Österreich oder Italien vorbildlich sind, ist offen zu diskutieren. Auf der Gesprächsebene hört man oft, dass die Italiener ihrer Justiz mit einer gewissen Verzweiflung gedenken, während die Österreicher ihre Justiz als positiven Teil der gesamten gesellschaftlichen Verhältnisse begreifen. Erst recht gilt beim Vergleich von Österreich und Japan, dass die Frage als offene diskutiert werden muss: Wäre es überhaupt wünschenswert, dass wir als Mitglieder einer Gesellschaft einander mit maskenhafter Freundlichkeit behandelten und aller Erfahrung von Unrecht, Enttäuschung und Wut ohne einen szenischen Ort des Auslebens blieben? Nach aller Alltagspsychologie Westeuropas weiß man, dass jedenfalls in der hiesigen kulturellen Tradition gesprochen wird vom „ungesunden Herunterschlucken“ von Unrechtserfahrung, Ärger, Wut und Enttäuschung, und dass wir als Mitglieder unserer Gesellschaft solche hässlichen Schicksale für uns nicht für wünschbar halten.
Allerdings muss man auch bedenken, dass die innerjustiellen Gegebenheiten noch im Sinne einer Eigendynamik als Ursache relevant sein können. Angebote verführen zur Annahme. Der Mechanismus sei in einem Vergleich klargemacht:
Vor 40 Jahren gab es an der Stadteinfahrt nach Heidelberg aus dem Neckartal regelmäßig Staus. Man wollte dem abhelfen, in dem man die Straße wesentlich verbreiterte und besser ausbaute. Es gab danach immer weiter dieselben Staus – weil viel Menschen wegen der besseren Straßenverbindung sich von den öffentlichen Verkehrsmitteln abwandten oder massenhaft in die Dörfer zogen, die jetzt durch die gute Straße angeschlossen war.
Es könnte also sein, dass die schnelle und häufige Inanspruchnahme der Justiz auch von folgendem beeinflusst wird: Die Alternative der hartnäckigen Verhandlung von Konfliktfällen und der Entfaltung von sozialem Druck wird nicht ausgereizt, sondern es wird recht flott der staatlich subventionierte Dienstleister Justiz in Bewegung gesetzt.

Graduelle Aussagen zum Gebrauch von Recht

Wenn man nicht sicher sagen kann, ob eine – wie auch immer – idealisierte Form von Rechtstaat durch ein hier und heute gegebenes Gesetzes- und Justizsystem realisiert wird, dann bleibt jedenfalls für die Verständigung über politische Zielsetzung und deren Verfolgung die Frage nach Mehr-Minder-Beziehungen zurück. Was nützt dem bisher Schutzlosen die Einräumung von Rechtspositionen? Der Extrempunkt in dieser Frage ist die Stellung minderjähriger Kinder in ihren Familien, wenn sie mit Ohrfeigen oder anderen körperlichen Züchtigungen dieser Rangordnung traktiert werden. Die Zuspitzung der Fragestellung ist notwendig, weil in jeder modernen Gesellschaft die schwereren Formen der Verletzung von Kindern schon um der sozialrechtlichen Folgen willen sanktioniert werden müssen. Die Gesellschaft schützt sich in diesem Falle selbst und im Reflex das Kind. Erst recht gilt diese Beobachtung für die Kindestötung, die natürlich mit demselben Aufwand verfolgt werden muss, wie die Tötung jedes anderen Mitglieds der Gesellschaft. (Der frühere Spezialtatbestand für die Tötung eines unehelichen Kindes, § 217 StGB a. Fg. ist vor langem abgeschafft worden.) Drücker und Frehsee haben die Frage untersucht *(Thomas Drücker/Detlev Frehsee, Jugendliche als Rechtssubjekte. Die Bedeutung und der Gebrauch von Recht im Kontext innerfamiliärer Gewalt, in: Hof/Lübbe-Wolff, Wirkungsforschung I,).* Das Ergebnis der Befragungen und ihrer Auswertung zeigt, wie schwierig es ist, zwischen Rechtsfragen und Machtfragen zu unterscheiden. Jugendliche versichern sich zuerst einer externen Unterstützung im näheren Umfeld und bei den Peers. Es ist also nicht so, dass man einem Individuum nur Rechte einzuräumen braucht, damit er dann die Macht hat, in seiner sozialen Umgebung zu wirken. Wenn er vorgängig eingebunden ist in eine Machtstruktur, die ihn einige Handlungsfreiheit verspricht, dann kommt das Recht unter den Möglichkeiten vor, die er einsetzen kann. Allerdings bleibt immer noch eine Relation zu beachten: Wenn Recht sowieso Gegenstand allgemeiner Kommunikation ist, dann wird sich im Zusammenspiel von vorgängiger realer
101

Handlungsmöglichkeit und rechtlichen Instrumenten eher ereignen, dass Recht relevant wird und gebraucht wird.
Gegenstand politischer Debatten waren diese Beziehungen übrigens auch bei der Einführung des Prostitutionsgesetzes. Obwohl alle wissen, dass die Einräumung eines schuldrechtlichen Anspruchs die realen Verhältnisse in der Prostitutionsszene kaum erreichen, kann man mit Fug und Recht sagen, dass auch dieses „kaum“ an Wirkung nicht versäumt werden darf. Das ändert natürlich nichts daran, dass die vorrangige Wirkung einer solchen Zuerkennung von Rechten, die es bisher nicht gegeben hat, in Lernprozessen bei Menschen liegt, die weder als Anbieter noch als Konsumenten auf dem Markt für sexuelle Dienstleistungen agieren.

Der manipulative Gebrauch von Recht

Die moderneren Gesetzgebungen haben einen außerordentlichen Komplikationsgrad und daher verwundert nicht, dass die Instrumentalisierung bis hin zu perversen Wirkungen geführt werden kann. Sie seien hier besonders erwähnt, weil ihre Häufigkeit und Wichtigkeit ein Argument dafür bildet, Abschied zu nehmen von der üblichen Vorstellung, eine Norm wirke durch Befolgung. Was alles herauskommen kann, wenn es eine Norm gibt, das muss man im Einzelfalle sehen. Solch ein Einzelfall ist die berühmte GmbH & Co. KG.

Eine Personengesellschaft führt nicht zur Haftungsbeschränkung, sondern zur persönlichen Haftung der Gesellschafter – sollte man nach Vorstellung eines dogmatischen Rechtssystems denken. In Deutschland gilt das so seit bald einem Jahrhundert nicht mehr. Eine große Zahl von Unternehmungen wird als Personengesellschaft (KG) geführt, wobei der haftende Gesellschafter als GmbH beschränkt haftet. Am Rande sei vermerkt, dass man eine solche Gesellschaft nur noch weiter nach der Art einer Bakterienkolonie wuchern lassen kann, denn nichts hindert, dass eine GmbH als persönliche Gesellschafterin der KG ihrerseits aus zwei GmbHs bestehen usw.

Ähnlich lässt sich interpretieren die Entwicklung der Ein-Mann-GmbH. Eine Ein-Mann-Gesellschaft ist eigentlich ein Widerspruch in sich und man könnte daran denken, solche Gebilde als unlogisch aus der von Logik beherrschten Dogmatik zu verweisen. Man kann aber auch sie als Fortschritt feiern, weil sich in solchen „unlogischen“ Gebilden die Bedürfnisse der Praxis artikulierten, die ein kluger Gesetzgeber aufnehmen müsse in gute neue Gesetze. Der massenhafte perverse Gebrauch von Rechtsinstrumenten führt nicht zur Durchsetzung des alten Rechtes, sondern er schafft im Zusammenspiel der Institutionen neues Recht.
Das genau war die Lehre der Konventionalscheidung.

Vor der Scheidungsrechtsreform von 1976 war die Konventionalscheidung nach Expertenschätzung der wirkliche Scheidungsprozess für 90 % der Scheidungen. Im Vorfeld des gerichtlichen Agierens machten die Anwälte und Ehepartner aus, was das Ergebnis des Scheidungsprozesses sein sollte. Die mündliche Verhandlung war ein Theater, das der Richter mitspielen musste. Wohlwissend, dass er in Wahrheit die ganzen vergangenen Schwierigkeiten des Zerfallsprozesses einer Ehe nicht aufarbeiten konnte, ließ sich der Richter darauf ein, standardisierte Verschuldensgründe abzufragen. Welche das waren, unterschied sich von Richter zu Richter, und die Anwälte hatten es vorher in Erfahrung zu bringen. Für einzelne Richter reichte es, dass ein Ehegatte vortrug, der andere habe ihn – je nach Geschlecht – „dumme Kuh“ oder „blöder Affe“ genannt. Andere Richter, die höhere Anforderungen an die Darlegung von Eheverfehlungen stellten, ließen sich sogar ein Foto der neuen Partnerin des Ehemannes zeigen; dabei soll es üblich gewesen sein, dass die Anwälte für diesen Zweck die Brieftasche zückten und das Foto ihrer eigenen Ehefrau vorzeigten.

Das Ergebnis ist bekannt: Die höchst individuellen Verhaltensweisen der einzelnen scheidungswilligen Ehepartner zwangen durch ihre Massenhaftigkeit den Gesetzgeber dazu, dass Verschuldensscheidungsrecht wesentlich zu Gunsten eines Zerrüttungsscheidungsrechtes zu ändern. Die falsche Behauptung, der eine Ehepartner habe in ehewidriger Weise mit einem neuen Partner intime Beziehungen begonnen (aus bestimmten Gründen dürfte das übrigens nicht Ehebruch sein und heißen), war kein Prozessbetrug, denn es wurde niemand getäuscht.
Es seien noch zwei weitere Beispiele genannt, die sicherlich um viele vermehrbar wären, um zu zeigen, dass es sich nicht um einzelne anekdotenhaften Besonderheiten handelt und auch nicht um eine Spezialität bestimmter gesellschaftlicher Kontexte.

§ 1357 BGB, der mehrfach modernisierte Schlüsselgewalt-Paragraph, hat heute nur noch Gläubigerschutzfunktion. Auch wenn man mit der herrschenden Meinung sagt, der

102

Gläubigerschutz sei ein Teil der Funktionen, dann bleibt trotzdem folgendes bemerkenswert: In Absatz 3 sieht dieser Paragraph vor, dass die Ehegatten für den jeweils anderen Ehegatten die Wirkung der gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung ausschließen können. Wenn der so behandelte Ehegatte das nicht hinnehmen will, dann kann er die Maßnahme aufheben

lassen, sofern es nicht nachvollziehbare Gründe dafür gibt. Hier wird der Schutz des Ehegatten der wohl „aus Versehen" einen verschwenderischen Partner geheiratet hat, höher bewertet als der Schutz der Gläubiger, die sich mit der Verschwenderin oder dem Verschwender in Geschäfte einlassen. Die Folge ist nun, dass jedenfalls in der Großstadt Hamburg es Ehepaare gibt, die noch bei der Heirat wechselseitig die Schlüsselgewalt ausschließen lassen und dies mit der offenbar vorher vereinbaren Folge, dass die Ausschluss Bestand hat, weil er nicht vom Betroffenen angegriffen wird. Damit ist der Gläubigerschutz auf Dauer und gründlich beseitigt und dies, obwohl Gläubigerschutz wie alle Schutzgesetzgebung eigentlich unabdingbar sein soll.

Ein wirtschaftsrechtliches Beispiel:

Wenn ein Ölkonzern, sagen wir Shell, erreichen will, dass auf einem bestimmten Grundstück auf Dauer und mit Sicherheit nur eine Shelltankstelle errichtet werden kann, dann kann man gegen eine vereinbarte Zahlung an den Eigentümer ein Servitut eintragen lassen. Nach herrschender Dogmatik kann aber im Grundstück nicht stehen, dass nur Shell-Benzin auf diesem Grundstück verkauft werden darf. Also erhält die Shell AG das Recht, jegliches Benzin-Verbot auf dem Grundstück zu verbieten – und in der Folgezeit realisiert sie dieses Verbot gegenüber allen anderen Benzinverkäufern mit einer einzigen Ausnahme: Der Verkauf von Shell-Benzin findet die Zustimmung der Shell AG.

Was lehrt uns das? Das Verhältnis Norm/Bürger ist in keiner Richtung eindeutig. Normen beeinflussen Bürger in vielerlei Weisen, und Bürger machen von Normen in vielerlei Weisen Gebrauch. Das gilt übrigens nicht nur für das materielle Recht, sondern auch für das Prozessrecht, wie der Vergleich von üblicher Prozessführung und Musterprozess zeigen könnte.

Der Gebrauch des Bürgers durch das Recht

Zur Abrundung kann man an dieser Stelle hinweisen auf die direkte Verweisung des Rechtes auf soziale Verhaltensnormen, nämlich die Verkehrssitte oder gute Sitten. Die Verkehrssitte war von den Vätern des BGB an sehr vielen Stellen vorgesehen als Entlastung des Gesetzgebers von der kodifikatorischen Obliegenheit, alle Ausdifferenzierungen aller Normen in Worte zu fassen. Zugleich eignet einem Tatbestandsmerkmal wie Verkehrssitte, dass eine gesellschaftliche Weiterentwicklung dynamisch in eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung umgeformt werden kann. Leider zeigt ein Blick in die Praxis *(Peter Oestmann, Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung KritV S. 409-437),* dass dieses Tatbestandsmerkmal in der deutschen Jurisprudenz wenig wahrgenommen wird. Die deutschen Richter ziehen die Begründungen ihrer Ergebnisse aus der Textinterpretation der Gesetze vor. Wenn ihnen dabei ein Fehler unterläuft, so sagt ihnen dies nur in kollegialer Kommunikation das nächste Instanzgericht; unterliefe ihnen bei der Einschätzung der Verkehrssitten ein Fehler, dann könnten Journalisten in der Tagespresse die Weltfremdheit der Richter eingreifen. Ähnlich sollte nach dem Konzept der Väter des BGB die dynamische Verweisung auf moralische Regeln in § 138 Abs. 1 BGB funktionieren. Hier wird eine Doppeldeutigkeit stärker relevant, die auch im Falle des Tatbestandsmerkmales Verkehrssitte angelegt war. Mit der Verweisung auf die guten Sitten ist nicht nur ein mit den Mitteln der Demoskopie erfahrbares Faktum zum Tatbestandsmerkmal erhoben, sondern die guten Sitten sind Ergebnis von innergesellschaftlichen und häufig sehr bewussten Entscheidungsprozessen. Je nach dem Prozentsatz der gläubigen Christen werden die 10 Gebote mehr oder minder militant als Inhalt der guten Sitten behauptet werden von eben jenen Christen. Dagegen steht atheistische Aufklärung, vertreten durch Kollektive von Bürgern. Auch diese Basisproblematik wird bekanntlich in der Rechtsprechung sehr ernst genommen, sondern die guten Sitten sind immer dann, wenn es höchst problematisch wird, richterrechtliche Setzungen.

Das Gewohnheitsrecht wäre in dieser Aufzählung als eine weitere Stufe zu nennen. Gewohnheitsrecht entlastet den parlamentarischen Gesetzgeber von der Obliegenheit, mit seinen Rechtssetzungsverfahren noch die hintersten Winkel der Gesellschaft auszuleuchten. Nimmt man es ernst, dann muss der Richter im Einzelfall die Norm mit den Mitteln der Demoskopie in Erfahrung bringen. Nimmt man es so ernst, wie das derzeit in der Bundesrepublik üblich ist, dann ist Gewohnheitsrecht ein hier und da in Anspruch genommener Topos, und die spannende Frage der wirklichen Rechtsüberzeugungen der Bürger wird nicht ernstlich verfolgt. Beispiele dafür bilden das Recht der Totenfürsorge und die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Das Recht

103

der Totenfürsorge wird als Gewohnheitsrecht behauptet, aber in den einschlägigen Gerichtsentscheidungen dann ziemlich unentwirrbar vermischt mit Normen, deren wichtigste, sogar aus der nationalsozialistischen Zeit stammen. Jedenfalls wird nirgendwo trennscharf untersucht, wie die Hierarchie der Berechtigung im deutschen Volke gesehen wird. Normativ ist dies schade, denn Gewohnheitsrecht ist in der Demokratie die direkteste Form der Rechtsetzung durch das Volk, völlig ohne die vermittelnden oder verwässernden Einflüsse der Repräsentanten. Hinzu gefügt sei, dass das Recht der Totenfürsorge in den gar nicht so seltenen Streitfällen für die Beteiligten Menschen

außerordentlich bittere Streitigkeiten mit sich bringt. Schon deshalb besteht normativ aller Anlass, mit den Mitteln der Realitätserforschung Klarheit über die Gewohnheiten herzustellen, die Recht sind. Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben gibt es ein starkes Indiz dafür, dass man das Institut des Gewohnheitsrechtes im Kern genauso wenig ernst nimmt. Die Gewohnheiten, die hier Recht sind, bestehen offenbar nur in Deutschland, während jenseits des Inns, in Österreich, die kaufmännischen Gewohnheiten und Bewusstseinsinhalte offenbar sein müssen. Dass dies nicht plausibel ist, hindert die Rechtsprechung nichts daran, dass selbst gesetzte Richterrecht mit dem Etikett „Gewohnheitsrecht“ zu versehen.

Recht als Blackbox und Versicherung als Risikovermeidung

Rechtsgebrauch ist ein Versuch, etwas zu erreichen und mithin ein Handeln unter Risiko. Ob man risikoreich handeln will, ist eine persönliche Entscheidung. Dementsprechend stellt sich die Frage, wie derjenige, der nicht unter Risiko handeln möchte, Alternativstrategien nutzen kann.

Dafür steht zuerst einmal die Fülle der materiellrechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung. Ganz banal muss daran erinnern, dass derjenige, der völlig alkoholabstinent lebt, sich selten vor einem Strafgericht wegen Alkohol am Steuer zu verantworten hat und das Risiko einer Verurteilung trägt. Hier wird die materielle Mechanik der üblichen Beweisführungen wirksam, die steuerbar sind, in dem man keinen Alkohol trinkt. Ein anderes nicht ganz so banales Beispiel ist der Verkauf risikoreicher Forderungen. Der spezielle Markt für solche Forderungen wächst und die einschlägigen Unternehmungen kaufen Forderungen zu Preisen, die sich an geschätzten Wahrscheinlichkeiten der Uneinbringlichkeit orientieren. Über die Gesamtheit der so gekauften Forderungen hinweg muss sich nicht nur eine Deckung der gezahlten Preise, sondern auch noch ein betriebswirtschaftlicher Gewinn für sie ergeben. Der verkaufende Gläubiger kauft sich durch den Abschlag vom Risiko frei evtl. gar nichts zu bekommen. Forderungskäufer kollektivieren also das Risiko von Uneinbringlichkeit von Forderungen und funktionieren insofern versicherungsähnlich.

Auch durch die Versicherung wird das Alles-oder-nichts-Risiko betriebswirtschaftlich in einen festen Wert verwandelt, der allerdings noch weiter über die Jahre in Gestalt von Prämien mediatisiert wird.

Eine Versicherung ist die Verwandlung unsicherer zukünftiger Ausgaben in feste Kosten. Man muss diesen Satz an den Anfang von Überlegungen zu jeder Versicherung stellen, weil in Deutschland über Versicherungen manchmal so geredet wird, als könne man durch Versicherungen Kosten vermeiden. Letztlich zahlt der Versicherte immer selbst, nämlich einmal seinen Anteil an den gesamten versicherten Gegenstand und die Kosten der bürokratischen Abwicklung von Versicherungsfällen und schließlich den Gewinn des Versicherungsunternehmens. Gegenzurechnen sind Renditen aus Vermögen und Regresse. Das Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis ist also nicht leicht überschaubar.

Rechtsschutzversicherung ist der Versuch, Recht als black box zu behandeln. Der Bürger, der objektiv im Recht ist, und der Bürger, der objektiv nicht im Recht ist, können beide – bezogen auf den einzelnen Prozess - risikofrei prozessieren.

Schaut man in die Literatur zu Rechtsschutzversicherungen, dann erkennt man solche Überlegungen in keiner Weise wieder. In dieser Literatur geht es allein um die Fragestellung, ob die Zahl von Prozessen durch Rechtsschutzversicherungen vergrößert wird. Das ist eine an Richterstammtischen besonders verbreitete Alltagstheorie. Wie jede Alltagstheorie hat sie eine gewisse Plausibilität und man kann Einzelbeispiele vorführen. Der Bürger, der eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat und schon eine Weile Prämien gezahlt hat, wird sich eher dazu entschließen, in einem sozialen Konfliktfall endlich einmal seine bis dahin nutzlose Versicherung einzuschalten.

Um die Schärfe der Diskussion zu verstehen muss man einen Vergleich mit einer Diebstahlversicherung ziehen. Wenn jemand regelmäßig Prämien zahlt um nach einen Einbruch in seine Wohnung von der Versicherung der Schaden ersetzt zu bekommen, dann wird er nicht wegen des Abschlusses der Versicherung dazu tendieren, Einbrecher einzuladen, häufiger seine Wohnung aufzusuchen. Der Einbruch ist außerdem in aller Regel ein sehr klar erkennbares Ereignis. Der Rechtsschutzversicherte hat es sehr viel stärker in der Hand, einen sozialen Konfliktfall als Schadens104

und damit als Versicherungsfall aufzufassen und es ist viel unklarer, in welchem Umfange er die Randbedingungen selber gesetzt hat, unter denen die Versicherungsleistung von ihm eingefordert wird.

Die einschlägige rechtssoziologische Empirie kommt zu dem Ergebnis, dass die Zahl von Zivilprozessen durch Rechtsschutzversicherungen vergrößert wird, aber die Mehrbelastung der Zivilgerichte bewegt sich in der Größenordnung von 4 bis 8 % *(Wolfgang Jagodzinski, Thomas Raiser, Jürgen Riehl, NJW 1993, 2775)*. Bedenkt man, dass in der Erhöhung von Prozesszahlen sowohl materiell unberechtigte Inanspruchnahme des Justizsystems stecken können, wie auch die Durchsetzung von bestehenden Rechtspositionen, die sonst von den berechtigten Bürgern nicht durchgesetzt würden, dann ist die Rechtsschutzversicherung jedenfalls nicht das Grundübel der

deutschen Justiz, als das sie manchmal dargestellt wird. Auch auf den Sektoren Arbeitsrecht *((Wolfgang Jagodzinski, Thomas Raiser, Jürgen Riehl a.a.O. S. 2775)* und auf dem Sektor des Verkehrsstrafrechtes ergeben sich einzelne Ziffernabweichungen, die aber jedenfalls nicht die Schuldzuschreibung rechtfertigten, die Rechtsschutzversicherungen belasteten die Justiz so sehr, dass die Prozesse lang und teuer würden.
Einschätzen könnte man die Rechtsschutzversicherungen also erst dann, wenn man wüsste, wie viele Bürger bestehende Rechtspositionen aus antizipierter Frustration über die schlechte und teure Justiz verfallen lassen, und in wie viel Fällen die Rechtsschutzversicherung dieses vermeidet.
105

Kap. 15

Wissen und Meinungen über Recht

Demokratie als juristisches Bezugsproblem.
In einem sehr groben Entwurf ist Demokratie die Herrschaft der Bürger über sich selbst. Das Parlament beschließt Gesetze, die dann für die Bürger und u. a. die Parlamentarier selbst verbindliche und sanktionierte Verhaltensregelungen vorsehen. Wenn der Bürger – nach diesem groben Entwurf – alle 4 Jahre darüber entscheidet, wer im weiteren Verlauf der Geschichte die weiteren Gesetze machen soll, dann muss er wissen, was in der Vergangenheit von den jeweiligen Parlamentsmehrheiten entschieden worden ist. Ein zweiter Teil derselben Anforderung lauten, der Bürger müsse auch eine Meinung zu jenen Gesetzen haben, auf deren Abschaffung, Neuformulierung oder Bestand eher alleine entscheidenden Einfluss ausübe. Nun ist klar, dass in diesem Entwurf von Demokratie z. B. jedes partizipatorische Moment fehlt. Es wird auch nicht differenziert nach Spezialistenmaterien und besonderen Betroffenheiten. Trotzdem kann man sagen, dass die Frage nach der Kenntnis und den Meinungen des Bürgers über das Recht in seiner Gesellschaft eine wichtige Frage ist.
Manchmal wird ein zweites juristisches Bezugsproblem für die Frage nach Kenntnis und Meinung von Bürgern benannt. Der Kern dieser Überlegung lässt sich genauso grob sagen: Um sich an Gesetze zu halten, muss man wissen, was Gesetz ist. Nimmt man diese Blickrichtung ein, dann erscheint die Meinung des Bürgers über das Gesetz, an das er sich halten soll, als ein Element, das die Chance hebt oder senkt, dass der Bürger rechtstreu handelt. Wer ein Gesetz für richtig hält, wird es häufiger einhalten, als derjenige, der es nicht für richtig hält. Auch hier sieht man sofort, dass es sich um eine sehr grobe Problembeschreibung handelt. Jeder weiß, dass die Meinung, ein Gesetz bestehe zu recht, noch kein Wohlverhalten des Bürgers garantiert. Umgekehrt gilt auch, dass sich die Bürger in großem Umfang an Gesetze halten, die sie nicht für gut und richtig befinden, oder zu denen sie in Wissen und Meinen kein Verhältnis haben.

Der soziologische Anknüpfungspunkt: Der Fragebogen
Von den professionell arbeitenden Soziologen verdient ein nicht unbeträchtlicher Teil seinen Lebensunterhalt mit der Demoskopie. Überall auf der Welt werden mit Fragebogen statistische Wahrheiten erforscht. Wie viel Prozent der Menschen essen Bandnudeln lieber als Hörnchennudeln, wie viel Prozent der Menschen sehen in der PDS eine akzeptable Variante der CSU. So oder so ähnlich lauten Fragen, wie sie jahr-ein-jahr-aus gestellt werden und als ernst zu nehmender Bestandteil unserer Lebenswelt fungieren. Deshalb darf nicht verwundern, dass es diesen Typ von Erforschung der Realität auch bezogen auf Wissen und Meinungen der Bürger über Recht und Gesetz gibt.

Einige Beispiel von Umfrageergebnissen und die Probleme der Meinungsforschung.
Wer das Thema und Meinungen über Recht erörtern möchte, muss also immer Aufmerksamkeit für zwei Bezugsprobleme haben. Auf der einen Seite wird man bei dem groben Bild der Demokratie, das oben gezeichnet wurde, nicht stehen bleiben können. Auf der anderen Seite fragt sich, ob eine Wirklichkeitserforschungstechnik die für Konsum und Dienstleistungszufriedenheit erfunden worden ist, sinnvolles zu Recht sagen kann. Deshalb empfiehlt es sich, ein Beispiel aus der Literatur etwas näher zu referieren.
1988 hat Noelle-Neumann *(Elisabeth Noelle-Neumann, in: Klaus Weigelt, Hrsg.: Freiheit – Recht – Moral, Bonn 1988, S. 44 ff.)* das Rechtsbewusstsein aus der Sicht der Sozialforschung behandelt. Der Name Noelle-Neumann bürgt nun dafür, dass die soziologische Methode der Fragebogen und der Interviews nach den Regeln der Zunft Anwendung gefunden hat. Dafür spricht auch, dass jeweils im Text Erwähnung findet, wann das einzelne Datum, das präsentiert wird, erhoben worden ist. Damit ist bereits der häufigste Fehler der Wiedergabe von Befragungsergebnissen vermieden worden. Nun das Beispiel bei Noelle-Neumann *(Noelle-Neumann a.a.O. S. 47):*
Ein Bevölkerungsquerschnitt wurde im Februar 1988 gefragt:
„Eine Frage zum Gewaltmonopol des Staates: Sind sie eigentlich grundsätzlich für oder gegen das Gewaltmonopol des Staates?“ Die Bevölkerung ab 16 Jahren antwortet zu 46 % „dafür“, zu 39 % „dagegen“, der Rest gab andere Antworten oder blieb unentschieden. Die jungen

106

Leute unter 30: 40 % „ich bin dafür", 43 % „ich bin dagegen", 17 % andere Antworten oder unentschieden. Schließlich noch die Anhänger der GRÜNEN: „Ich bin dafür 29 %; ich bin dagegen 57 %".

Noelle-Neumann fährt fort mit dem Referat zur Frage:

„Wenn es bei einer Demonstration zu einer Auseinandersetzung zwischen Demonstranten und der Polizei kommt, dann prügeln manchmal Polizisten auf Demonstranten, und Demonstranten schlagen auf Polizisten ein. Was meinen Sie: Ist es in Ordnung, dass Polizisten auf Demonstranten einschlagen, die sich den polizeilichen Anordnungen widersetzen, oder darf die Polizei keine Gewalt anwenden?"

Die Bevölkerung ab 16 Jahren antwortet im April 1986 zu 36 % „ ist in Ordnung", 40 % meinten „die Polizei darf keine Gewalt anwenden", 24 % blieben unentschieden. Von den unter-30jährigen sagten 25 % „in Ordnung", 49 % meinten, die Polizei dürfe keine Gewalt anwenden. Bei einer gleich lautenden Frage antworteten im Herbst 1982 noch 42 %, die Polizei dürfe keine Gewalt anwenden.

Nach Aufzählung dieser Prozentziffern fährt Frau Noelle-Neumann fort: Die junge Generation sieht also mehrheitlich in den Polizisten, die zur Durchsetzung des Gesetzes Gewalt anwenden, Unrechtstäter; dabei zeigt sich eine rasche Erosion der Rechtsvorstellung.

Für den Leser solcher Texte zeigt sich, dass auch auf diesem Feld der große Name einer Verfasserin nicht die Sicherheit der Abwesenheit von Schnitzern verbürgt. Ein solcher Schnitzer ist die Gleichsetzung von 49 % und „mehrheitlich". Sieht man einmal davon ab, dann ist das Beispiel aber auch im weiteren sehr geeignet, Sinn und Unsinn solcher Befragungen zu diskutieren.

Die wichtigste methodische Anforderung ist die Trennung von Datenwiedergabe und Interpretation. Frau Noelle-Neumann signalisiert die Differenz mit einem Worte, nämlich mit dem kleinen Wörtchen also (die junge Generation sieht also ...). Das könnte deutlicher geschehen. Die Gefahren einer Vermischung von Datenwiedergabe und Interpretation durch den Referenten sind nämlich auch sofort deutlich: Noelle-Neumann schreibt den Befragten die Meinung zu, Polizisten seien Unrechtstäter. Sie, die Befragerin und Referierende hat den binären Code im Kopf: Recht oder Unrecht. In diesem Punkte verfällt sie in den klassischen menschlichen Fehlern: Sie schließt von sich auf andere. Man muss sich nur in einem Gedankenexperiment vorstellen, man hätte weiter die Angehörigen jener 49 % gefragt: „Und müssen diese Unrechtstäter bestraft werden?" Es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass dann wiederum 75 % von jener Untergruppe sich der Antwort angeschlossen hätten: „Nein, die können ja auch nicht anders; die haben ihre Befehle von oben, und wenn sie sich daran halten, dann darf man sie deswegen nicht bestrafen."

Die Wichtigkeit der Differenz von Datenmitteilungen und Interpretation ist unter einem zweiten Gesichtswinkel zu thematisieren. Luhmann hat einmal in einer versteckten Fußnote in seinem riesigen Lebenswerk darauf hingewiesen, dass der Frager bei solchen Befragungen Antworten bekommt – er erfährt nichts darüber, was sich im Kopfe des Sprechenden ereignet und erst recht nicht darüber, was der Befragte an Handlungen vollzöge, wenn er in Situationen geriete, in denen die Konsequenz seiner auf den Fragebogen geschriebenen Meinungen zu praktizieren wäre.

Dafür liefert Noelle-Neumann in dem genannten Text das Beispiel einer Befragung, bei der der Interviewer dem Befragten ein Bildblatt mit zwei Figuren und Sprechblasen überreicht. Dabei wird vorausgesetzt, dass ein Gemeinderat und bestätigend ein Gericht beschlossen haben, dass die Fabrik gebaut wird. Dazu sagt eine Sprechblase eines der beiden Bürger: „Wir haben den Gemeinderat gewählt, also müssen wir jetzt diese demokratische Entscheidung mittragen und dürfen uns nicht länger gegen den Bau wehren". Der andere sagt: „Das sehe ich anders. Wir, die Bürger, sind gegen die Fabrik. Wenn der Gemeinderat das nicht sieht, die Bevölkerung kann das besser beurteilen. Wir müssen auf jeden Fall den Bau der Fabrik verhindern, auch wenn wir vielleicht Gewalt anwenden müssen." Frau Noelle-Neumann referiert nun, dass 34 % der Unter-30jährigen meinte, man dürfe, ja man müsse gegebenenfalls Gewalt anwenden. In der Zusammenfassung von Noelle-Neumann heißt das:

„Es fehlt bei etwa einem Drittel der jungen Generation das Rechtsbewusstsein, dass man zur Durchsetzung von Zielen, die einem politisch-gesellschaftlich wichtig erscheinen, als Einzelner keine Gewalt gegen den Staat anwenden darf" (Elisabeth Noelle-Neumann a.a.O S. 49).

Dagegen ist die Frage zu erheben, ob die geäußerten Worte bereits sicher Repräsentanten von Bewusstseinsinhalten sind. Erst recht muss man vorsichtig sein bei der Annahme, in einer Realsituation folgten die Handlungen den locker-flockig daher geredeten Antworten. Es soll hier nicht näher vorgeführt werden, dass in der Abgehobenheit der Gesprächssituation über einen Fragebogen oder über bildliche Darstellungen von Dialogen die Antwort sehr empfindlich reagieren auf kleine

107

Darstellungsdetails. Solche steuernden Elemente sind dem Interviewer häufig nicht bewusst. Aus den hier vorgestellten Texten sei nur ein Satz herausgegriffen. In der Kennzeichnung der Demonstrations-

Situation wurde mit der Frage gearbeitet, die als Teilelement den Satz enthielt:
„ ... und Demonstranten schlagen auf Polizisten ein ...“
Damit wird die Frage eigentlich undurchsichtiger, weil man ein Notwehrproblem diskutieren kann. Die Antworten arbeiten also die Frage nicht vollständig auf, und das Unausgesprochene hat mit Sicherheit seine untergründigen Wirkungen.
Die erzählte Geschichte zur Fabrik enthielt übrigens den Satz:
„... die Bevölkerung ist aber dagegen. Ein Prozess vor Gericht hat ergeben, dass die Bevölkerung nichts dagegen unternehmen kann ...“
Es wird also eine Extrem-Situation geschildert, in der die gewählten demokratischen Vertreter gegen die (offenbar: gesamte!) Bevölkerung agieren. So erzeugt man als Befragter Empörung, deren Irrationalität sich dann in paradoxen Antworten oder fundamentalistischen Affekten fortsetzt. Die Vermeidung solcher Fehlleistungen ist eine weitere Standardanforderung an Befragungen.
Die Interpretationsschwierigkeiten wären vielleicht geringer, wenn man bei den Fragen wohl definierte Abstrakta verwenden könnte. Die Erfahrung damit aber sieht so aus: 1986 wurde repräsentativ gefragt: „Haben Sie schon einmal den Begriff ‚Gewaltmonopol des Staates‘ gehört?“ Darauf antworteten 33 % mit ja, 67 % mit nein. Auch die Fragen 1988 zu dem konkreteren Inhalt von Menschenrechten zeigte eine beträchtliche, aber keineswegs totale Übersteinstimmung wie das Abstraktum Menschenrecht auszufüllen sein *(Elisabeth Noelle-Neumann a.a.O. S. 55 f.).* Erst recht löst ein Begriff wie Menschenwürde keine ganz einheitlichen Vorstellungen aus. Noelle-Neumann referiert das Beispiel der Fragen nach dem Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht. Wenn man abstrakt danach fragt, erhält man völlig andere Ergebnisse, als wenn man mit der umgangssprachlichen Formel von „schmutzige Wäsche waschen“ arbeitet *(Elisabeth Noelle-Neumann in: Heinz, Hrsg. Rechtstatsachenforschung heute: Erstes Symposium, Institut für Rechtstatsachenforschung der Universität Konstanz, am 17. und 18. Januar 1985, Konstanz 1986, S.151 f.).*
Kann man den genannten Schwierigkeiten entgehen, in dem man Fragen zu Rechtskenntnissen und –meinungen nur zu weniger affektgeladenen Themen stellt? Dazu ein Beispiel einer Frage zu den Rechtüberzeugungen des Volkes zum Erbrecht:
„Ein Mann stirbt. Seine einzigen noch leben Angehörigen sind sein Bruder sowie ein Halbbruder. Für die Regelung der Erbfolge stehen insbesondere drei Möglichkeiten zur Wahl:
a) Nur der Bruder erbt, weil Halbgeschwister keine vollwertigen Verwandten sind.
b) Sowohl der Bruder als auch der Halbbruder erben zu gleichen Teilen, weil beide mit dem Verstorbenen gleich nahe verwandt sind.
c) Der Halbbruder erbt die Hälfte dessen, was der Bruder erbt (also ein Drittel), weil er nur von einer Seite mit dem Verstorbenen verwandt ist. Welche Lösung überzeugt sie am meisten?“
(Manfred Bauer, Soziologie und Erbrechtsreform, Bielefeld 2003, S. 65).
Als Schwierigkeit solcher Fragen springt ins Auge, dass sie eine hohe Bereitschaft zum Mitdenken und ein gutes Gedächtnis verlangt. In der Realität dürften solche Fragen sehr häufig dazu führen, dass der Befragte einfach auf eine der vorgegebenen Varianten eingeht, weil er nicht zugeben will, dass er den Überblick verloren hat. Man muss erst viele Leute finden, die das Spiel des Interviewers bereitwillig mitspielen. Schließlich ist es sanktionslos möglich, in diesem Spiele als Befragter zu betrügen, in dem man einfach eine undurchdachte Antwort gibt. Nicht zufällig benennt der Autor *(Manfred Bauer a.a.O. S. 30)* in seiner sehr guten Zusammenstellung der wichtigsten methodischen Prinzipien der einschlägigen empirischen Sozialforschung die Kontrollfrage. Wer soweit ausdifferenzierte Fragen stellt, wie dieser Erbrechtsforscher, muss damit leben, dass die Antworten keinesfalls immer in sich konsistent sind. Allerdings kann man solche Beantwortungen nicht einfach disqualifizieren, denn Meinungsinkonsistenz ist bis zu einem gewissen Grade die Normalität des menschlichen Lebens. Wenn man sie unterschlägt, dann bekommt man ein schiefes Bild von dem, was die Bürger denken.
Soll man nun aus allen solchen methodischen Problemen die Konsequenz ziehen, dass Fragen nach Kenntnissen und Meinung keinen Sinn haben? Dem ist nicht so. Das sei noch einmal an einem anderen Beispiel gezeigt.

108

Nach einer Untersuchung *(Montada/Dieter, in: Manfred Schmitt, Leo Montada, Hrsg., Gerechtigkeitserleben im wiedervereinigten Deutschland, Opladen 1999, S. 36)* gilt das Folgende:
Die DDR wird als gerechter eingeschätzt, nicht nur bezogen auf die Lage von Frauen, sowie die Verteilung von Arbeit und sozialer Leistung, sondern auch hinsichtlich der Lebensbedingungen von alten Menschen und Behinderten und sogar bei der Rechtsprechung.
Man kann nun womöglich im Detail hier und da und dort suggestive Fragen kritisieren, Realitätsverzerrungen bei den Befragten registrieren, Lehrstellen innerhalb der Fragenspektren monieren etc. Jedenfalls gilt: Auch wenn man die Bandbreiten in Rechnung stellt, innerhalb derer die

Ergebnisse gewisse Unsicherheiten aufweisen, so ist doch eine Aussage über die Befindlichkeit der jetzigen Bewohner der neuen Bundesländer nicht weg zu diskutieren. Die Methoden können Schwächen haben, aber die Ergebnisse sind jedenfalls im Großen und Ganzen richtig. Solange man sie nicht überinterpretiert, sind sie auch wichtig.

Demoskopie und einzelne Tatbestandsmerkmale

Fragebogen sind ein universelles Instrument. Das bringt es mit sich, dass sie auch dort im Rechtssystem eine Rolle spielen können, wo es um die schlichte Aufarbeitung von Realitäten geht. Für die Mehrzahl aller Gerichtsverfahren reichen die bekannten Beweismittel, also Zeugen, Urkunden, Sachverständige. Durch die Institution der Sachverständigen sind die Gerichtsverfahren offen für alle wissenschaftlichen oder sonstigen plausiblen Methoden. Das bringt es mit sich, dass es in deutschen zivilrechtlichen Gerichtsverfahren zur Anwendung demoskopischer Methoden kommen kann. Konkret geht es um Wettbewerbsrecht, in dem Kenntnisse und Meinungen der Menschen als Kollektiv zur Ausfüllung von relevanten Tatbestandsmerkmalen erhoben werden müssen. Verwechselungsgefahr, Irreführung etc. bezogen auf Produkte, Marken etc. sind öfters finanziell von der Größenordnung, wie den Einsatz demoskopischen möglich macht. Wenn in einem Wettbewerbsprozess umstritten ist, ob ein Unternehmen einen nach Scotch-Whisky riechenden kanadischen Whisky unter der Bezeichnung Sotch auf dem Markt bringen darf, ohne sich unlauter Gegenüber den Importeuren vom schottischen Whisky zu verhalten, dann kann man mit Fragebogen die Bevölkerungsgruppen feststellen, die unter scotch nur geographisch aus Schottland stammenden Whisky versteht. Danach kann man die Bevölkerungsgruppe feststellen, die unter scotch einen Whisky versteht, der wie schottischer Whisky riecht und von Bourbon wohl zu unterscheiden ist. Wie bei allen solchen Erhebungen ist auch hier die Frage der Beweiswürdigung in keiner Weise von den Instrumenten der Beweiserhebung vorgegeben. Wenn es um die ökonomisch relevanten Wettbewerbsverzerrungen geht, dann kann man möglicherweise den mit scotch titulierten kanadischen Whisky vom Markt nehmen lassen, weil 70 % der Käufer beim Worte scotch an die vornehme geographische Herkunft aus Schottland denken, während 25 % keine Meinung dazu haben und 5 % meinen, das Wort scotch sage schließlich nur, dass es kein Bourbon sei. Im Kindschaftsrecht würde niemand auf die Idee kommen, eine 70% Wahrscheinlichkeit einer Vaterschaft zur Grundlage für Unterhaltszahlungen zu machen. Darüber hinaus verlangt der Einsatz von Fragebogen und anderen Mitteln der Demoskopie, dass man die Beweisfrage juristisch mit der nötigen Sorgfalt diskutiert. Kommt es z. B. im Wettbewerbsrecht nur auf die Menschen an, die abwechselnd Scotch und Bourbon trinken, oder auf die, die als Verbraucher in Frage kommen, oder ist es angemessen, einfachheitshalber die Fragen an einen repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung zu stellen unter Einschluss der Guttempler? *(s. dazu zuletzt Almut Pflüger, Rechtsforschung in der Praxis: Der demoskopische Nachweis von Verkehrsgeltung und Verkehrsdurchsetzung, GRUR 2004, 652 ff.)*

Ähnliche Zusammenspiele der Methode der Realitätserforschung und des juristischen Ausgangsproblems ergeben sich bei Normtexten, die als Generalklauseln verstanden werden. Nach einer bekannten Formel gilt z. B. für die wichtigste zivilrechtliche Generalklausel § 138 Abs. 1 BGB: Sittenwidrig ist das, was dem Billigkeits- und Rechtsgefühl aller billig und gerecht denkenden widerspricht. Leider gibt es Untersuchungen zu solchen Themen viel zu selten. Die Literatur ist nicht weit über einen älteren Text von Teubner *(Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt/Main 1971)* hinausgekommen. Auch hier ist der typische Diskussionsbedarf der Normen und der Realität zu registrieren. Wenn z. B. die berühmte Wortformel beim Rechtsbewusstsein der Billig- und Gerechtdenkenden ansetzt, dann fragt sich, wie diese dogmatische Formel näher zu interpretieren ist. Wie militant müssen die Gegner des überprüften Verhaltens dieses für nicht akzeptabel, rechtswidrig, unerfreulich, sittenwidrig, sanktionsbedürftig etc. halten? Und wie geht man um mit der Vorgabe „alle“? Müssen alle so denken, deren Verhalten im einzelnen Konfliktfall thematisiert wird? Die Handelnden werden jedenfalls im Prozess vortragen, dass nach ihrem Verständnis ihr eigenes Verhalten sittengemäß war. Dementsprechend hat die Rechtsprechung auch die Formel in den allermeisten Fällen als reine

Rhetorik eingesetzt und sich außerdem normativ ein Hintertürchen offengelassen. Danach ist die Tatsache, dass eine Unsitte weit verbreitet ist, kein Ausschlussgrund für das Verdikt der Sittenwidrigkeit.

Insgesamt allerdings ist es schade, dass nicht mehr Demoskopie getrieben wird. Wenn diese üblicher würde, dann würde man möglicherweise auch zu interessanteren Fragestellungen vordringen. Man könnte sich z. B. vorstellen, die Meinung der Männer und Frauen zur Sittenwidrigkeit von Eheverträgen zu eruieren, durch die erwartbarer Weise Frauen ohne Ausgleich von Zugewinn und Altersversorgungspositionen bleiben. Aufnehmen ließe sich auch der vor langem versickerte Forschungsstrrang mit Fragestellungen nach Unterschicht, Mittelschicht und Oberschicht. Dazu hatte

– so weit ersichtlich – zuletzt Rasehorn Ergebnisse beigebracht, die die Unterschicht als traditionsverhaftet und die Oberschicht in justitiellen Zusammenhängen als neuerungsorientiert auswiesen *(Theo Rasehorn in: Erhard Blankenburg, Hrsg., Empirische Rechtssoziologie, München 1975, S. 103, 114).*

Verständnis- und Verständlichkeitsforschung

Vom juristischen Bezugsproblem Demokratie her ist es naheliegend, nicht nur Wissen der Bürger um die letztlich von ihnen selbst verantworteten Gesetze zu fordern, sondern auch noch eine Konsequenz zu ziehen: Demokratie, so kann man meinen, setzt voraus, dass die Bürger ihre eigenen Gesetze verstehen, wenn sie sie denn schon machen und verantworten. Man kann dazu aber spotten: Es gibt nur einen allgemein anerkannten Test, was verstehen von Gesetz und Recht bedeutet; dieser Test ist eine einschlägige Klausur im Assessorexamen.

Mit diesem Test geben sich aber (zum Glück) viele Juristen und andere Bürger, die um Demokratie und Rechtsstaat bemüht sind, sich nicht zufrieden. Es ist also zu fragen, was Verständnis des Gesetzes für den Bürger heißt, und wie dieses Verständnis möglicherweise gefördert werden kann. Hierbei handelt es sich um ein vielschichtiges Thema, dass in einzelnen Aussagekomplexen abgearbeitet werden muss.

Zuerst einmal muss man den Ernst der Forderung nach verständlichen Gesetzen richtig einschätzen. Diese hat in Deutschland eine große Tradition durch die Wichtigkeit von Latein als Rechtssprache seit der Rezeption vor rund 600 Jahren. In aller Kürze lässt sich sagen: Durch die Wichtigkeit der lateinischen Sprache war bis zum beginnenden 20. Jahrhundert in Deutschland dem Bürger der Zugang zum Verständnis von Rechtsfragen wesentlich erschwert. Die Juristen waren lange Jahrhunderte Fürstendiener und gewannen als Berufsgruppe ihre Identität gerade durch Volksfremdheit, durch Sozialstatus und durch lateinische Fachsprache. Diese Volksfremdheit wurde dementsprechend von Nichtjuristen ab den Zeiten der Aufklärung viel kritisiert. Vor diesem Hintergrund ist klar, dass immer und wieder gefordert wird, Gesetze müssten verständlich sein. Diese Forderungen setzen sich noch heute fort, und zwar auf zweierlei Weise. Einmal gibt es in der Literatur eine Klagemauer. Man liest z. B.:

„Neben der Anzahl erschweren der Umfang und die Änderungshäufigkeit neuer Gesetze einen schnellen und zuverlässigen Überblick über das geltende und im Einzelfall anzuwendende Recht. Wenn Paragraphen, wie etwa § 19 a EStG, über tausend Worte erreichen oder dieses Gesetz, wie 1980 geschehen, innerhalb einer Woche dreimal geändert wird, so fällt selbst dem Fachmann eine zuverlässige Rechtsauskunft etwas schwer. Der Laie findet vielfach aktuelle Änderungen, insbesondere Steuer- und Sozialrecht, gar nicht, weil sie in sog. Artikelgesetzen – wegen ihres Umfanges auch Paketgesetze genannt – begleitend zum Haushaltsgesetz versteckt werden. Hier wird all zu oft das Gebot der Titelklarheit und Titelwahrheit verletzt". (Hermann Hill, Akzeptanz des Rechts - Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements, JZ 1988, 379).

Die andere Seite solcher Forderungen sind parlamentarische Dienste, die sich speziell um die Verständlichkeit von Gesetzen bekümmern sollen. Es gibt beim Bundestag einen Redaktionsstab der Gesellschaft für deutsche Sprache, der einen Ratgeber „Fingerzeige für die Gesetzes- und Amtssprache *(herausgegeben von der Gesellschaft für deutsche Sprache im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern und des Bundesministerium der Justiz, 11. Aufl., Wiesbaden 1998; s. hierzu Kent Lerch, Vom Bemühen die Gesetze verständlicher zu machen: Eine unendliche Geschichte, www.bbaw.de).* Sprachwissenschaftlicher und sprachwissenschaftlich gebildete Juristen *(s. Kent Lerch a.a.O. mit sprachwissenschaftlichen Nachweisen)* beklagen, dass die einschlägigen Fingerzeige unwissenschaftlicher Appelle sind oder unbegründbare Meinungen. Eine Evaluation der Arbeit solcher Behörden scheint es nicht gegeben zu haben. Das ändert natürlich nicht, dass es ein

110

verdienstvolles Bemühen ist, abschreckende Einzelbeispiele aufzuspießen und der Fachöffentlichkeit vor Augen zu führen. Eine sichere Wirkung geht allerdings davon nicht aus.

Der Kern der Sache ist folgender: Verständlichkeit ist eine dreistellige Relation *(Kent Lerch a.a.O.)*. Kein Text ist von sich aus verständlich oder unverständlich, sondern Verstehen ereignet sich in der Einheit von Information, Mitteilung und Verstehen. Die Frage ist also nicht, wie man ein Gesetz verständlich formuliert, sondern wie man ein Kommunikationsprozess so organisiert, dass verstanden wird *(vgl. Wolf Hagen Krauth, Systeme verstehen Systeme. Zur Debatte zwischen rechtstheoretischer und linguistischer Beobachtungen des Rechts, www.bbaw.de*). Um einige wichtige Punkte zu nennen: Verstehen ereignet sich dadurch, dass Institutionen mit dem interessierten (meist durch Betroffenheit interessierten!) Bürger angemessen umgehen. Es gilt das didaktische Prinzip, das man einen Menschen dort abholen muss, wo er zu Hause ist. Unter dieser Voraussetzung ist denkbar, dass der Richter im Sach- und Rechtsgespräch Verstehen erreicht, oder in anderen Situationen die Verbraucherberatung, die Elternberatung, die Sozialberatung, die Schuldnerberatung oder auch der

Rechtsanwalt. Wenn ich ein Lehrbuch aufschlage, das mich und die Meinen thematisch nicht interessiert und nicht zu interessieren braucht, dann wird es unverständlich sein und es wird ziemlich gleichgültig sein, wie viel didaktisches Geschick der Autor hatte. Ganz gleichgültig allerdings wird es nicht sein. Ebenso ist der Gesetzgeber mit seinen Monstersätzen (vgl. § 309 BGB n. F.), der Richter im Durchlauftermin oder der Anwalt in seiner Demonstration von Professionalität nicht frei zu sprechen von dem Vorwurf, dem Bürger Verständnismöglichkeit vorzuenthalten. Die Rechtssoziologie könnte hier eine nützliche Rolle spielen, in dem sie wissenschaftliche Fragen im Anschluss an vorhandene Sprachwissenschaften richtig stellt.

111

Kap. 16

Die Relevanz der Tiefenpsychologie

Das Konzept des Kapitels

Eine Rechtssoziologie, deren theoretische Achse das Spektrum von einer makrosoziologischen Perspektive hin zu einer mikrosoziologischen Perspektive ist, sollte sich schon zur Verdeutlichung des Gedankenganges dann auch mit der Individualpsychologie und schließlich der Tiefenpsychologie beschäftigen. Es gibt einen zweiten Anlass, dieses Thema einzubeziehen. Rechtspsychologie ist eine noch weniger betriebene Sozialwissenschaft als die Rechtssoziologie. Man kann nicht damit rechnen, dass Juristen vor sich selbst oder in irgendeiner Öffentlichkeit zugeben, dass die Individualpsychologie eine jedenfalls auch relevante Erklärungsebene für einzelne Geschehnisse und Handlungen im Justizsystem und Rechtssystem bietet. Stattdessen wird Psychologie gewöhnlich in den „Dönkes", also in den Stammtischgesprächen zum Thema gemacht und damit verharmlost.

Dem sollte man nicht entgegenhalten, dass die Kriminologie als Querschnittswissenschaft sehr stark auf die Individualpsychologie abstellt. In dieser Wissenschaft schlägt denn doch die Orientierung auf den Täter und die Hoffnung, seine Untat von vornherein zu verhindern oder sich nicht wiederholen zu lassen, durch. So bemüht sich eine verdienstvolle Habilitationsschrift um Bausteine einer psychologischen Theorie der richterlichen Entscheidungsfindung *(Gabriele Löschper, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999),* aber im Ganzen bleiben die Forschungen sehr stark auf das Strafrecht konzentriert.

Andererseits kann man als Autor nicht in einem Abschnitt einer Rechtssoziologie beiläufig die Rechtspsychologie mit erledigen wollen. Es verbleibt ein Kompromiss.

Im Folgenden soll an einer aktuellen Begebenheit und ihren Interpretationen gezeigt werden, dass justizinterne Vorgänge mit Fug und Recht tiefenpsychologisch interpretiert werden können. Damit ist zugleich gesagt, dass eine vollständige Erfassung justizinterner Phänomene immer auch die Perspektive der Individual- und Tiefenpsychologie erfordert.

Das juristische Bezugsproblem: Die Regeln justizinterner Konflikte

In der Darstellung der Fakten des Exempels folge ich Böllinger *(Lorenz Böllinger, Überlasteter Richter wegen Strafvereitelung angeklagt, Kritische Justiz, 2005, 203 ff.)* und Albrecht *(Peter-Alexis Albrecht, Die Kriminalisierung der dritten Gewalt – ein verfehlter Beitrag der Exekutive zur Steigerung der Funktionstüchtigkeit des Kriminaljustizsystems, ZRP 2004, 259 ff.).* Das Handlungsgerüst ist bei Böllinger a.a.O nachzulesen:

Mit Anklageschrift vom 17. 12. 2001 erhob die Staatsanwaltschaft Heidelberg gegen den damals 63jährigen Richter S wegen Strafvereitelung im Amt Anklage gem. §§ 258, 258 a StGB. Der Vorwurf lautete, er habe in 21 Fällen als Jugendrichter Verfahren längere Zeit nicht bearbeitet und nicht gefördert und so den staatlichren Strafanspruch nicht durchgesetzt. Das Landgericht lehnte 17. 04. 2003 die Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen ab (DRiZ 2004, 261). Auf die Sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft vom 2. 5. 2003 hin bestätige das OLG Karlsruhe mit Beschluss vom 9.12.2003 in vollem Umfang den Beschluss des Landgerichtes. Mittlerweile hatte sich der Richter S auf Grund der persönlichen Belastung vorzeitig pensionieren lassen. Am 31. 8.2004 stellte ein Richterkollege gegen den die Anklage verantwortenden Staatsanwalt Strafanzeige wegen Verdachtes der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB). Die entsprechende Ablehnung einer Aufnahme der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft Heidelberg vom 16. 9. 2004 wurde auf die Gegenvorstellung des Anzeigenden Richters hin durch die Generalstaatsanwaltschaft am 22. 9. 2004 bestätigt. Die Partei der Grünen stellte am 7. 10. 2004 eine parlamentarische Anfrage. Diese wurde durch Stellungnahme des Justizministers vom 26. 10. 2004 in diesem Punkte dahingehend beantwortet, dass es sich um ein ganz normales Strafverfahren gehandelt habe. Auch die Generalstaatsanwaltschaft stellte sich vor den Anklägern (Böllinger a.a.O S. 203).

Nachzutragen ist, dass der beschuldigte Richter in den Jahren 1996 bis 2000 vier mal dem Präsidium seines Gerichtes angezeigt hatte, dass seine Belastung auf Dauer nicht tragbar sei; sowohl die Eingangszahlen auch als die Erledigungszahlen dieses Richters lagen über dem

Durchschnitt im OLG-Bezirk Karlsruhe (Peter-Alexis Albrecht a.a.O. 259).
112
Für eine Beurteilung dieses Sachverhaltes ist erstens festzuhalten, dass es nicht um ein Possenspiel handelt. Dafür gibt es keine Hinweise und normativ gesehen ist der Anlass auch viel zu ernst. Immerhin haben 21 junge Menschen, die mögliche Straftäter waren oder zu Unrecht in ein Strafverfahren involviert worden sind, die Justiz als ineffektiv vor Augen geführt bekommen. Zweitens muss man festhalten, dass es nicht um eine quasi private Eskapade eines vereinzelten Staatsanwaltes handelte. Die Exekutive, zu der auch die Staatsanwaltschaft in allen drei beteiligten Behördenebenen gehört, hat in sich geschlossen reagiert. Dabei ist nicht so erstaunlich, dass der Generalstaatsanwalt und der Justizminister in einem fortgeschrittenen Stadium des eskalierten Konfliktes „ihren Leuten die Stange gehalten“ habe, sondern wichtig ist, das Verfolgen der Sache durch Sofortige Beschwerde. Das ist nicht vorstellbar ohne eine gewisse Absicherung in der Institution. Auch die Richter haben nicht einen Richter wegen richterlichen Handelns bestraft. Böllinger hebt außerdem sehr darauf ab, dass eine 31-seitige Anklageschrift gefertigt worden war. Für einen bösen Witz oder eine kleine Privatfehde werden nicht 31 Seiten Anklage verfasst. Weder der Stammtisch noch die Psychiatrie sind der Ort, um den ganzen Vorgang zutreffend zu analysieren. Ersichtlich ist es dabei sinnlos, die Soziologie der Klassenzugehörigkeit der (beiderseits R-1-besoldeten) Richter und Staatsanwälte zu befragen. Ebenso wenig Antwort kann man sich versprechen von der systemtheoretischen Ebene, denn die Anklageschrift kündigte in krasser Weise das Ergebnis vorangegangener Kommunikationen und Konsensbildungen auf. Die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht dahin, dass verzögerliche richterliche Amtsführung nur von der lex specialis der Rechtsbeugung erfasst werde, nicht vom allgemeinen Straftatbestand der Strafvereitelung. Außerdem fehlte in der 31-seitigen Anklageschrift eine Darlegung, dass der überlastete Richter Zeit genug gehabt habe, die fraglichen Verfahren zu bearbeiten. Ob man nun die Systemtheorie dafür bemühen kann oder nicht, stehe dahin, aber jedenfalls mussten alle Beteiligten die alte Weisheit kennen, dass eine Krähe der anderen kein Auge aushackt und dass letztlich in der ganzen Sache keine Verurteilungen von Richtern oder Staatsanwälten erfolgen würden. Das war von Anfang an völlig klar. Deshalb fragt Böllinger plausibel: Welche „wirklichen Gründe“, welche unterschwelligen, wahrscheinlich unbewussten psychischen und psychosozialen Motive und Gesetzmäßigkeiten haben hier im Gewande einer strafrechtlichen Argumentation gewirkt?

Ansatzpunkte für tiefenpsychologische Erklärungen

Die nachträgliche Analyse von schriftlich dokumentierten Vorgängen ist für Psychologen und gerade für solche, die in der modernen Nachfolge Freuds stehen, ein Problem. Es macht einen Unterschied, ob ein Mensch auf einer Coach liegt und zu dem Psychoanalytiker spricht, oder ob der Psychoanalytiker ein 31-seitiges professionelles Schriftstück liest und dessen Autor verstehen will. Die Aussagen müssen im letzteren Falle in sehr viel vorsichtigere Formen gefasst werden.

Ein solcher Interpretationsvorschlag ist der Affekt des Grolls und des Neides. Der Richter ist der Herr des Verfahrens ab einem bestimmten Verfahrensstand, und er ist in dieser, von ihm bestimmten Phase viel unabhängiger als die Staatsanwälte es sind. Der Sozialstatus des Staatsanwaltes ist nicht so hoch, wie derjenige des Richters, und wenn der Richter im Einzelfall dann nicht einmal tut, was der Staatsanwalt im überlasteten Alltag leistet, dann tritt Strafbedürfnis anstelle von Rationalität. Der Staatsanwalt, der die Anklageschrift schrieb, hätte nicht die Möglichkeit gehabt, sich unter seinem Verfahren 21 auszusuchen, die er einfach hätte liegen lassen können. In diesem Verfahren war außerdem Arbeit der Staatsanwaltschaft zunichte gemacht worden. Böllinger erwägt plausibel, dass aus diesem Grunde ein Rachebedürfnis am Werk gewesen sein könnte. Wesentlich komplexer ist die Frage, ob Projektions- oder Übertragungsmechanismen am Werke waren. Es könnte sich also um eine Projektion der eigenen Gefühle von Schwäche und Ärger angesichts strukturell gewachsener Überlastung gewesen sein, die eine Verschiebung weg von den eigentlichen Urhebern derselben mit sich gebracht haben. Hier, beim Angriff auf den Richter, kann der Staatsanwalt so tun, als ob er die Lage ändern könne, in der er sich gerade eben selber auch befindet. Die tagtägliche Überlastung der Staatsanwaltschaft ist seine Arbeitsrealität, und so klagt der Staatsanwaltschaft irgendeinen anderen an. Er selbst hat nicht den Mut gehabt, eigene Akten pflichtwidrig liegen zu lassen, obwohl er die Einzelfälle im Massengeschäft nicht mehr sinnvoll und verantwortungsvoll bearbeiten konnte. Wenn ein anderer die innerliche und äußerliche Freiheit dazu hatte, dann muss er der Strafe verfallen. Mit dieser versuchten Sanktion rechtfertigt der Staatsanwalt (nach dieser Interpretation) seine eigene Unverantwortlichkeit gegenüber dem Massenfall im Massengeschäft.

Aber es bedarf doch eines gewissen Mutes, sich mit einer so langen Anklageschrift zu exponieren. Dahinter stand nach Böllinger möglicherweise ein Gefühl der Sicherheit und Unanfechtbarkeit. Die „großen Brüder“ Generalstaatsanwalt und Justizminister standen später tatsächlich hinter dem einzelnen kleinen Staatsanwalt, wie dieser sicher schon richtig vorausgesehen hatte. Mit dem großen Bruder hinter sich ist dann auch manchmal der kleine Mann ganz groß. In der Sprache des

113

Rechtspsychologen Böllinger wird dann „narzistische Macht-Lust“ vermutet. Hier sind ausnahmsweise die sonst die mächtigeren Richter und der einzelne Staatsanwalt gleich: Die Richter des Landgerichts und des Oberlandesgerichts haben ihren Richterkollegen Jugendrichter nicht Böses angetan, aber die Generalstaatsanwaltschaft und der Justizminister haben ihren ausführenden Staatsanwalt auch nicht Böses getan. Die besagte „narzistische Macht-Lust“ hat womöglich auch Einfühlung und Schuldgefühle blockiert. Einfühlung hätte man erwarten können unter zwei gleichermaßen überlasteten Männern und Schuldgefühle, wenn man die in den sozialen Spielregeln verlangte kollegiale Solidarität so krass missachtet. Schließlich ist der Richter, der überdurchschnittliche Eingangs- und Erledigungszahlen hatte, dann vorzeitig aus dem Amt ausgeschieden und hat eine Reduzierung seiner Pension hingenommen. War das möglicherweise bereits der Sieg, den die Staatsanwaltschaft als einzigen hatte erstreiten wollen? Wenn dem so gewesen wäre, dann bewiese das nur eine außerordentliche Kurzsichtigkeit gegenüber gesamtgesellschaftlichen Belangen. Man muss doch wenigsten zwei und zwei zusammenzählen können und wissen, dass eine Frühpensionierung den Steuerzahler zuerst einmal mit zwei weiteren Jahren Pensionszahlungen belastet; ob die Pensionsabschläge das wieder aufwiegen, kann man nicht wissen. Solche Kurzsichtigkeit ist das Ergebnis von innerpsychischen Blockaden.
Böllinger (im Anschluss an Albrecht) begrenzt sich nicht auf Individual- und tiefenpsychologischen Überlegungen. Er folgt damit einer methodischen Forderung im Umgang mit komplexeren Phänomenen. Seine sozialpsychologischen Überlegungen sehen so aus: „Die Achse Staatsanwalt-Generalstaatsanwalt-Justizminister“ repräsentiert eine gesellschaftliche Modernisierungstendenz, den Triumph der Exekutive und der Bürokratie. Der maßgebliche Hebel ist die Ökonomisierung, der Sparzwang als scheinbarer Sachzwang. ... Sachzwänge sind vielfach nur scheinbare, nämlich gemäß politischer Opportunität geschaffene Konstruktionen, Legitimation für machtstrukturell bedingte Ressourcenverteilung“ *(Lorenz Böllinger a.a.O. 205)*. Hier vernetzen sich (typischerweise!) die Argumentationen. Welches sind eigentlich die Leistungen des Justizsystems, die auf der Strecke bleiben, wenn man immer mehr Fälle immer schneller aburteilt? Wie ist ein Richter in der Strafjustiz einzuschätzen, der die auf der ministeriellen Ebene beschlossenen Sparmaßnahmen in seiner richterlichen Tagesarbeit umsetzt, in dem er im Einzelfall nicht mehr so genau hinschaut. Böllinger vermutet:
„Besagte Sachzwänge und Ressourcenknappheiten verbrämt als ‚Modernisierung', ‚Qualitätssicherung' und ‚Effizienzsteigerung', haben höchstwahrscheinlich faktisch längst zu oberflächlicher, weitgehend beziehungsloser Massenabfertigung, zu erheblichen Einbußen an rechtstaatlicher Qualität geführt. Damit wird das Strafverfahren endgültig dysfunktional, selbstdestruktiv:
Gerade die ‚materielle Wahrheit (§ 244 Abs. 2 StPO)', das Verstehen des in der Straftat zum Ausdruck kommenden sozio-ökonomischen und psycho-sozialen Konflikts in seiner Konkretheit, stellt eine wichtige Fazette im Prozess gesellschaftlicher Konfliktverarbeitung und –bewältigung dar. Darin liegt eine Re-Inszenierung derjenigen psycho-sozialen Situation, welche in zunehmend vielen Fällen den Anfang und Verlauf von Fehl-Sozialisiation, Kriminalität und Kriminalisierung kennzeichnet. .... Darin liegt auch ein Beitrag zur gesellschaftlichen Entfremdung.“
Mit dem Begriff der Entfremdung, schlägt Böllinger wieder den Bogen zurück zum Versuch einer Theorie der Gesellschaft, die zugleich der Versuch ist, die Stellung des Individuums in ihr in ihrer Konkretheit und Besonderheit zu erfassen. Entfremdung allerdings ist nicht in einem Lehrtext zur Rechtssoziologie zureichend zu behandeln *(nur als Hinweis auf den letzten wichtigen und zugleich allgemeinverständlichen Beitrag zu diesem Thema: Richard Sennett, Der flexible Mensch, 3. Auflage Berlin 2000).*

114

Kap. 17

Schluss: Was fehlt, und warum es fehlt

Recht und Frauen

Zur Gleichstellung von Männern und Frauen gibt es viele einzelne Daten, aber es dürfte wohl nicht so sein, dass man mit ihnen diesem Thema gerecht werden kann. In den Theorien zu Diskriminierung, Feminismus und Gender herrscht babylonische Sprachverwirrung. Es ist auch nicht zu sehen, dass im wissenschaftlichen Ableitungszusammenhang (z. B. in einer Stufenabfolge von feministischer Wissenschaftslehre, feministischer Philosophie, feministischer Rechtswissenschaft, feministischer Rechtssoziologie) auf anderen Ebenen ausreichend klare Vorarbeiten auf die Weiterentwicklung warteten. Andererseits ist soviel Material beieinander, dass man eigentlich nur eine eigene Abhandlung schreiben könnte. Die aber wäre hauptsächlich eine kriminologische Monographie und soll schon deshalb hier nicht begonnen werden.

Migration
Noch stärker tritt dies auf die Fragestellungen zu, die mit der Zunahme der Zahl von Menschen in der Bundesrepublik, die nicht deutsch sprechen, und die mit Europäisierung und Globalisierung verbunden sind. Während die Richter- und Verfahrensforschung ihre großen Fortschritte in Zeiten gemacht hat, in denen ihnen der Zeitgeist günstig war, sind Migration, Europäisierung und Globalisierung als rechtssoziologische Themen in ein Loch gefallen. Wie unsere Gesellschaft mit diesen Themen umgegangen ist, kann man z. B. an der Veröffentlichung der PISA-Studie sehen. Karikierend kann man sagen: Nach einem Moment der Verblüffung und des Erstaunens erklärten alle Verantwortlichen, sie hätten es schon immer gewusst, und nach einer kurzen Phase des Redens auf dieser Ebene haben jetzt alle Verantwortlichen beschlossen, dass man weiterhin nichts zu tun brauche. So beschäftigt sich die Ministerialbürokratie mit den Problemen der Elektronifizierung von justiziellen Verfahren, so als ob alle Menschen, die in diesem Lande leben, nicht nur perfektes Deutsch sprechen, sondern dieses auch noch mailen könnten. Diese Bewegung ist im vollen Gange, siehe § 130 a ZPO, §§ 46 b ArbGG, 108 a SGG, 77 a FGO, 86 a VwGO. Wer kann mit solchen Normen umgehen? Auch materiell-rechtlich fehlt es in verblüffenden Masse an Untersuchungen (Beispiel für ein nahe liegendes, aber unbearbeitetes Thema: Verbrauchschutz durch Information und sprachliche Inkompetenz von Migranten.) Das Internationale Privatrecht wird intensiv gepflegt, aber der deutsche Bürger, der mit der Sprache seiner Mutter, nämlich einem anatolischen Dialekt, einem kasachstanischen Russisch oder der Sprache der Sinti und Roma, aufgewachsen ist, der wird nicht mit seinen speziellen Problemen wahrgenommen. Nur wenn eine junge deutsche Lehrerin ein Kopftuch trägt, dann erinnern Öffentlichkeit und eine Fülle einschlägiger Gerichtsurteile daran, dass diese junge Frau früher einmal eine andere Nationalität hatte – was normativ ersichtlich völlig gleichgültig ist. Für Realitätsaufarbeitung im Zusammenspiel mit angemessenen Theoriebildungen ist hier ein weites Feld.

Weltgesellschaft, Weltrecht, Weltrechtssoziologie
Zum ersten Mal in der Menschheitsgeschichte gibt es eine gemeinsame Kommunikation der verschiedensten Gesellschaften und ihrer Mitglieder über den ganzen Erdball hinweg. Menschen und Menschengruppen ohne Zugang zu Fernsehen oder zum Internet sind nur noch Inseln in einem Meer der allgemeinen Kommunikationsmöglichkeiten. Durch Flugzeuge ist eine Beweglichkeit erreicht, wie sie für so manche alte Gesellschaft nicht von Dorf zu Dorf bestand. Die Wissenschaft von dieser Weltgesellschaft, die Soziologie, müsste nun konsequent auch die Teilwissenschaft Rechtssoziologie ausbilden. Nur: Die Weltgesellschaft ist nicht die mit dem Storchenschnabel vergrößerte nationale Gesellschaft, und so kann man in diesem Abschnitt nur darlegen, dass mit der Vorstellung einer Weltrechtssoziologie Probleme verbunden sind, die derzeit nicht gelöst sind und deren Lösung nicht durch fleißiges Nachdenken eines einzigen Menschen an einem Schreibtisch zu bewirken sind.
Es verbleibt nur, in exemplarischer Weise die Schwierigkeiten darzutun. Man kann sich damit trösten, dass damit immerhin eine Kleinigkeit mehr erreicht ist als in vielen Texten der Gegenwart zu den quasi nationalen Rechtssoziologien. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft, beiderseits bezogen auf die ganze Welt, kann man an einem moderneren Problem exemplifizieren: Die Verteilung von Pharmaka, die Aids-Kranken ein längeres Leben und weniger quälende Krankheitserscheinungen bescheren. Diese Pharmaka werden von amerikanischen Konzernen hergestellt und sind besonders dort benötigt, wo man früher von der „Dritten Welt“ redete. Um das Problem zu kennzeichnen sei eine
115
sicherlich vereinfachende Tatsachen- und Rechtsmeinung vorangestellt: Die Profitmaximierung der amerikanischen Konzerne bewirkt, dass in Ländern wie Brasilien, Südafrika und Indien viele zehntausende Menschen schneller und qualvoller sterben, wobei der rechtliche Transmissionsriemen das Patentrecht ist, das jene Pharmaka für Betroffene, Hilfswillige und Regierungen zu teuer für eine flächendeckende Verwendung macht. Noch weiter verkürzt: Die weltweite Anerkennung des Patentrechtes ist die Organisierung von massenhaften, qualvollen Tötungen. In dieser These kommen gesellschaftliche Phänomene (riesige Krankenzahlen und epidemisches Sterben) und die reale Wirkung des Rechts, das als klassisches Patentgesetz solche Wirkungen weder in Tatbeständen noch in Rechtsfolgen thematisiert, vor. Nur in dieser Vereinfachung sieht es so aus, als sei man wissenschaftlich auf dem Felde der Rechtssoziologie, die in nationalen Problemen eingeübt worden ist.
So einfach ist die Welt nicht. Es lassen sich einige typische Komplikationen benennen, die in ihrem Zusammenhang die Forschungsformen nationaler Rechtssoziologien aufkündigen.
a) Aids ist für verschiedene Länder ein sehr verschiedenes Problem. Die Pharmakaproblematik betrifft heute besonders Brasilien, Südafrika und Indien, und in allen diesen drei Gebieten spielt Aids eine gesellschaftlich sehr unterschiedliche Rolle.
In Südafrika wurde Aids lange Zeit als gesellschaftliches Problem nicht anerkannt. Die Ansteckungshäufigkeit konnte sich im südafrikanischen Raum ungebremst entwickeln. Lange Zeit

wäre die eigene Pharmaindustrie auch unfähig gewesen, in diesen Gebieten das Problem zu steuern. In der indischen Gesellschaft gibt es eine ganz andere Tradition zur Frage von Krankheit, frühem Tod und Epidemien. Die Zeiten liegen nicht all zu lange zurück, in denen die Lebenserwartung sehr niedrig war und die Krankheiten, die man umgangssprachlich als Zivilisationskrankheiten bezeichnet, gar nicht zum Zug kommen konnte. Wo der Tod der von Hunger geschwächten Menschen sehr früh durch Infektionskrankheiten eintritt, da haben langfristige Erscheinungen wie Lungenkrebs und Aids eine viel geringere Relevanz. Aids ist eine von verschiedenen Krankheiten, deren zahlenmäßiges Ansteigen sozial auch als ein (geringer?) Preis verstanden werden kann, den man für eine enorme Modernisierung und Verbesserung der gesamten Lebensumstände bezahlt. In der brasilianischen Gesellschaft ist die Zahl der Aidskranken nicht riesig (geschätzte 300.000 bis 600.000) und das medizinische System erreicht davon 170.000. In Brasilien gibt es eine leistungsfähige pharmazeutische Industrie und hier stellt sich am deutlichsten die Frage, wie das Patentrecht auf die Versorgung jedes einzelnen wirkt.
b) Das vorhandene Weltrecht ist in den einschlägigen Bestimmungen schwieriger noch als nationale Rechte es zu sein pflegen. Ziemlich flächendeckend haben sich die großen völkerrechtlichen Verträge WTO und das spezielle Patentrecht TRIPS durchgesetzt. TRIPS ist voll von vagen Kompromissformeln. Die Problematik war im Prinzip bei der Schaffung aller einschlägiger völkerrechtlichen Normen bekannt und das Welt-Patentrecht hat für Patente ein niedrigeres Schutzniveau als die nationalen Patentrechte Nordamerikas und Europas. Insofern wird die Entwicklung der letzten Jahre als ein Erfolg des Drucks gewertet, der von Seiten der Entwicklungsländer und von mit diesen sympathisierenden Nichtregierungsorganisationen ausgeübt worden ist. Man muss also zur richtigen Interessenbewertung das Nebeneinander von nationalen Regierungen und Nichtregierungsorganisationen (Abkürzung: NGO) in den Blick nehmen.
c) Das Instrumentarium des Rechts wird von Fall zu Fall neu sortiert und notfalls neu erfunden. Im vorliegenden Beispielfall ist zentral eine Erklärung, die in Doha am persischen Golf von der 4. Ministerkonferenz der WTO abgegeben wurde. Ob eine solche Erklärung als Recht Relevanz hat, also rechtsdogmatisch deutsches Völkerrecht ist, kann man mit Fug und Recht umstreiten *(vgl. Peter Rott GRURInt 2003, 117)*. Die Erklärung scheint aber so zu funktionieren wie Recht.
d) Innerhalb der Beantwortung von Fragen, die nach nationaler Systematik Rechtsfragen sind, stellt sich viel häufiger das Problem der politischen Machtausübung. So hat Brasilien in diesem Fall die Initiative ergriffen und droht einem wichtigen amerikanischen Pharma-Hersteller mit ziemlich unverhohlenem Rechtsbruch *(vgl. Wolfgang Kunath: Brasilien bricht als erstes Land Patent auf Aids-Medikament, Frankfurter Rundschau, 27.6.05*). Auch hier wieder sind Nichtregierungsorganisationen beteiligt, aber das mit politischen Strategien. Man liest: Ein Vertreter der Hilfsorganisation „Ärzte ohne Grenzen" kritisierte die Frist, die der Hersteller Firma Abbott eingeräumt wurde; die Firma könnte doch noch einlenken, und damit wäre die dringend nötige Debatte um den Bruch von Patenten beendet.
e) Die institutionellen Zuordnungen von Funktionen und Handlungen müssen von Fall zu Fall neu bestimmt werden. Im Exempel: Ein Privatrechtssubjekt entscheidet über Leben und Tod von vielen Tausenden Menschen, eine Regierung verhandelt über Preise und droht mit Rechtsbruch, eine NGO macht Politik. Im nationalen Horizont entscheidet dahingegen die Regierung (zB durch Krieg) über

116

Leben und Tod vieler, die Konzerne können für wichtige nationale Aufgaben rechtsstaatlich enteignet werden und Ärzte bekümmern sich um individuelle Krankheitsheilung.
Man wird noch viele solche einzelne Exempel von Weltgesellschaft und Weltrecht analysieren müssen, um vielleicht einmal zu sinnvolleren Aussagen mittlerer Größenordnung oder gar zu Gesamtaussagen vorzustoßen.

Terrorismus

Der Terrorismus fehlt, obwohl er nicht als Thema allein der Kriminologie zugeschrieben werden kann. Selbstmordattentäter entziehen sich der Logik des Strafrechts, weil sie auch die schlimmste androhbare Strafe, die Todesstrafe, nicht erreichen kann. Durch „Shoot-to-kill" wird die Strafe vor dem Verbrechen vollstreckt. Auf der Seite der staatliche Organe ist Hysterie zu beobachten; sie zeigt sich in der Tötung von völlig zufälligen Opfern, wie dem Schotten McLeod in Stuttgart 1972 oder dem Brasilianer de Menezes in London im Juli 2005. Die Neuartigkeit des Terrorismus hat ihr Spiegelbild in der Neuartigkeit von Guantanamo. Auf der Seite der Betroffenen (oder Handelnden?) gilt die Analyse des Philosophen Sloterdijk:

Den Terrorismus als eine „tödliche Gefahr" für die gesamte freie Welt darzustellen ist eine rhetorische Figur, …. Längst ist die Zuständigkeit für die psychische Absorption des Terrors auf die „Gesellschaft" übergegangen - wie ja auch die terroristische Irritation allein durch deren Medien an den Empfänger weitergegeben wird und nicht durch staatliche Mobilmachungsbefehle. Der Staat von heute ist ein Terrorkonsument wie alle übrigen, und obwohl er für die Bekämpfung zuständig sein soll, ändert dies nichts daran, dass er genau so

passiv und unerreichbar ist wie die „Gesellschaft". Er kann daher weder direkt angegriffen werden noch direkt reagieren. Das Gerede vom „Krieg gegen den Terror" lenkt nur von der Einsicht ab, dass der Angriff allein vom medialen Sekundärprozess lebt. Was man den Terrorismus nennt, gehört zum Strukturwandel der Öffentlichkeit im Zeitalter der totalen Mediatisierung. Wer ihn wirklich bekämpfen wollte, müsste seine Wurzel in der Todesfaszination der Terrorschauspieler und ihres Publikums abschneiden – und das widerspräche den Gesetzen der globalisierten Unterhaltung. (Peter Sloterdijk, Im Innenraum des Kapitals, Frankfurt/M 2005, S. S. 289 f.)

Für das Gesamtphänomen hat aber niemand eine schlüssige Theorie anzubieten, und so soll es bei diesen Bemerkungen sein Bewenden haben.

117

Lehr- und Standardliteratur

Blankenburg, Erhard
Mobilisierung des Rechts – Eine Einführung in die Rechtssoziologie
Springer Verlag Berlin ua 1995
Eickelpasch, Rolf
Grundwissen Soziologie, - Ausgangsfragen, -Schlüsselthemen, -Herausforderungen
Reihe Grundwissen, hrsg. von Richard Geisen
Ernst-Klett Verlag, Stuttgart 2002
Esser, Hartmut
Soziologie - Allgemeine Grundlagen
3. Auflage, Campus Verlag, Frankfurt/Main ua1999
Hesse, Hans Albrecht
Einführung in die Rechtsoziologie
VS Verlag für Sozialwissenschaften/GWV Fachverlag, Wiesbaden 2004
Lautmann, Rüdiger
Justiz – Die stille Gewalt
Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse
Athenäum Fischer Taschenbuchverlag, Frankfurt a. Main 1972
Luhmann, Niklas
Das Recht der Gesellschaft
Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. Main 1993
Luhmann, Niklas
Legitimation durch Verfahren
Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied ua 1969
Mathiesen, Thomas
Das Recht der Gesellschaft -
Eine Einführung in die Rechtssoziologie
Übersetzt aus dem Norwegischen von Knut Papendorf
Votum Verlag, Münster 1996
Raiser, Thomas
Das lebende Recht – Rechtssoziologie in Deutschland
3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999
4. Auflage: Grundlagen der Rechtssoziologie
Rehbinder, Manfred
Rechtssoziologie
5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2003
Röhl, Klaus F.
Rechtssoziologie – Ein Lehrbuch
Carl Heymanns Verlag, Köln ua 1987
Rottleuthner, Hubert
Einführung in die Rechtssoziologie
Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1987
Seibert, Thomas-M.
Gerichtsrede – Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs
Duncker & Humblot, Berlin 2004
Teubner, Gunther
Standards und Direktiven in Generalklauseln
Reihe Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts hrsg. von Josef Esser
Athenäum Verlag, Frankfurt/M 1971
Zeitschrift:

Zeitschrift für Rechtssoziologie
Hrsg. Deutsche Gesellschaft für Soziologie
Westdeutscher Verlag, Opladen
118
(erscheint halbjährlich)

Prof. Dr. Gerhard Struck

Rechtssoziologie

für Studierende der Rechtswissenschaft

Universität Hamburg, 2005
Verlag der Buchhandlung Mauke
Reihe Vorlesungsskripten

Inhaltsverzeichnis

Kap. 1

Zielsetzung und erste Eingrenzung des Inhaltes

Rechtswissenschaft als Bezugspunkt

Es gibt zur Rechtssoziologie einige wenige zusammenfassende Darstellungen. Diese haben sehr unterschiedlichen Charakter und das macht es nötig, von Anfang an in klärenden Gegenüberstellungen die Zielsetzung der folgenden Kapitel hier zu benennen.

Das Folgende richtet sich an Juristen, nicht an Soziologen. Das ist äußerlich bereits dadurch erkennbar, dass die juristische Zitierweise durchgehalten wird. Die Idee eines Buches, das sich zugleich an Juristen und Soziologen wenden könnte, verlangte einen sehr schwierigen Spagat.

Für Juristen ist Rechtssoziologie eine Teildisziplin in einem Kranz von „Orchideenfächern“, Orchideen sind staunenswerten Erscheinungen; ihre Schönheit wird von Kennern geschätzt, aber sie verhält sich umgekehrt proportional zu ihrer Nützlichkeit. Im Kreise von Rechtsphilosophie, römischer Rechtsgeschichte, Völkerrechtsgeschichte etc. ist die Rechtssoziologie noch am wenigsten in ihrer Relevanz erkannt. Mit dieser Aussage soll keine empörte Kritik an „den Juristen“ geäußert sein. Wissenschaftsdisziplinen unterliegen langsamen Entwicklungen, und nachdem es Jahrhunderte lang keine Rechtssoziologie gegeben hatte, darf man sich über ihren niedrigen Rang in der informellen Hierarchie der juristischen Ausbildungsfächer nicht wundern.

Für Soziologen ist die Rechtssoziologie ein Unterfall der „Bindestrich-Soziologien“. Da gibt es eine Bildungssoziologie, eine Kultursoziologie, eine Medizinsoziologie, eine Industriesoziologie etc. Alle solche Fächer sind als mögliche Gegenstände von Fachsoziologen wohl anerkannt, die sich als Spezialisten ausbilden, spezielle Wissenschaftsgesellschaften bilden, und sonst alle Eigenschaften professionell Handelnder zeigen. Es gibt nur so viele solche Bindestrich-Soziologien, dass nicht jeder Studierende sich notwenig mit allen gleichermaßen befassen muss, oder auch nur könnte. Da die Berufsgruppe der Soziologen im Vergleich derjenigen der Juristen ein sehr weit gestreutes Spektrum von beruflichen Tätigkeiten ausübt, ist es nicht verwunderlich, dass auch die Gegenstände der Ausbildung in der Soziologie bei weitem nicht so klar festgelegt sind, wie an rechtswissenschaftlicher Fakultät. So ist es ziemlich schwer überschaubar, wo und wie die Rechtssoziologie als Teilgebiet der Soziologie wissenschaftlich gepflegt wird. Hinzu kommt: Die deutsche Soziologie der letzten 50 Jahre ist sehr stark geprägt von theoretischen und methodischen Bemühungen, Diskussionen und Auseinandersetzungen. Zu Theoriedebatten wie dem Positivismusstreit oder dem Habermas-Luhmann-Diskurs gibt es in der Rechtswissenschaft keine Parallelen. Ein Soziologe muss also an einen Text mit dem Titel Rechtssoziologie ganz andere Ansprüche stellen, wenn er ihn in seiner Wissenschaft oder wissenschaftlichen Ausbildung als gut oder schlecht bewerten will. Der folgende Text ist nun in dieser Frage entschieden, nämlich für Juristen.

Juraausbildung als Bezugspunkt

Die außerordentliche Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft bringt es mit sich, dass man sich auch entscheiden muss, ob man für Lernende, für fortgeschrittene Generalisten (den Einheitsjuristen mit zweitem Staatsexamen) oder ob man dafür den spezialisierten Rechtssoziologen schreiben will. Insofern richtet sich das Buch hauptsächlich an Studierende, die ungefähr auf dem Ausbildungsstand sind, in dem im Studium am ehesten rechtssoziologische Lehrveranstaltungen besucht werden. Das hat mehrere Konsequenzen. Es kann nicht die Kenntnis des gesamten Rechtes vorausgesetzt werden. Rechtssoziologie kann wohl von Studierenden sinnvoll am ehesten nach einiger Bekanntschaft mit dem Recht, also z. B. im vierten Semester studiert werden, wenn denn nach dem üblichen Rhythmus kurze Zeit später wieder die Examensvorbereitung und der Repetitorbesuch die gesamte Arbeitskraft in Anspruch nehmen. Man muss versuchen, sich im Beispielsmaterial ungefähr auf einen entsprechenden Kenntnisstand einzurichten und speziellere Hinweise, wenn sie denn nötig sind, mit genaueren Darstellungen zur Rechtslage zu versehen.

Orientierung auf Lernen

Innerhalb der Darstellung soll versucht werden, Lernen zu ermöglichen und möglichst Aussagen in den Vordergrund zu stellen, die sich in das Gedächtnis einprägen. Dieses muss leider in dieser Deutlichkeit betont werden, weil in den „Orchideenfächern“ manchmal die Tendenz zu beobachten ist, Probleme in den Vordergrund zu stellen, die nur noch fachintern im kleinen Spezialistenkreis wahrgenommen werden. Im vorliegenden Text wird also so gut wie möglich versucht, ständig

anzuschließen an die zentralen Ausbildungsbereiche im deutschen rechtswissenschaftlichen Studium und damit an die juristischen Kenntnisse deutscher Juristen. Solche Querverweise haben nach Lage der Dinge mal die eine, mal die andere Funktion. In einigen Fällen kann der Anschluss an aktuelle Inhalte von Rechtswissenschaften oder an laufende Rechtspraxis Exempel abgeben, in anderen Fällen sind solche Hinweise Kritik derzeitiger Rechtswissenschaft. Sie fordern Forschungen ein, die aber noch fehlen, obwohl sie nach immanenten wissenschaftlichen Kriterien des Bürgerlichen, des Öffentlichen und des Strafrechts notwendig wären. Man könnte sich sehr wohl eine Rechtswissenschaft vorstellen, in der in allen Gedankengängen im dichten Wechsel normative und faktenorientierte Überlegungen stehen. Das Selbstbild der Deutschen Rechtswissenschaft wird aber unverändert sehr stark von „Dogmatik“ bestimmt. Dieser in Ausbildung und Praxis durchaus wichtige Begriff bleibt zwar immer recht diffus, aber jedenfalls ist das damit angesprochene Denkmilieu gekennzeichnet da, dass die Fakten als bekannt vorausgesetzt werden. Blättert man die Aufsatzteile der juristischen Fachzeitschriften durch, so unterscheiden sie sich auch insoweit nur wenig von den meistens vorhandenen Wiedergaben von Gerichtsentscheidungen. Die rechtswissenschaftlichen Texte scheinen unter demselben Entscheidungszwang zu stehen, wie die Judikate höchstinstanzlicher Gerichte. Wissenschaftlich bestände immer die Möglichkeit, dass mangels hinreichender Aufklärung relevanter Fakten eine Entscheidung nicht zureichend begründet werden kann. Nur der Richter muss entscheiden, und wenn er es letztlich aus seiner Intuition als Salomon heraus tut. Aufsätze, die dahingegen die Rolle der Wissenschaft verdeutlichen, in denen sie Problematiken und Forschungsbedarfe betonen sind viel zu selten. Angesichts dieser allgemeinen einseitigen Orientierung auf Dogmatik und Praxis macht es durchaus Sinn, Rechtssoziologie als eigenes Fach zu akzentuieren. Man muss dann allerdings – wie es hier versucht wird – durch Exempel immer wieder den Zusammenhang von Dogmatik und Rechtssoziologie klar zu machen.

Juristische Probleme und Fälle als Verständnishilfe und als Anstoss zu eigenem Nachdenken

Damit ist eine weitere Zielsetzung angesprochen. Die Beispielsbildung soll möglichst abgrenzbare Einzelprobleme betreffen, also im Extrem „Fälle“. Man kann zwar in der Rechtssoziologie auch allgemeine Aussagen über Zustände machen, aber solche Aussagen animieren weniger zu eigenem fortsetzenden Nachdenken und zur Wiedererkennung von Problem im Verlaufe späteren Lernens und Praktizierens. Die Forschung dazu, wie viel Prozent der Bevölkerung zentrale Bestimmungen des BGB kennen, sind nicht belanglos, aber die Frage nach der Realität der Genugtuung bei der Genugtuungsfunktion eines Schadensersatzes nach immateriellen Persönlichkeitsrechts-Verletzungen stößt eher in der Zukunft weitere eigene Fragen nach der Realität behaupteter psychischer Ereignisse an. Es geht nach dem hier zu Grunde liegendem Konzept weniger um die Antworten auf bekannte Forschungsfragen, sondern darum, dass die Leserschaft animiert wird, in Zukunft in der weiteren Ausbildung und in der juristischen Berufspraxis selbst Fragestellungen wahrzunehmen, die sonst weiter von Dogmatik überdeckt bleiben können.

Die grossen sozialphilosophischen Theorien als Darstellungsstruktur?

Die Ankündigung einer Rechtssoziologie auch als Teil der Soziologie lässt die Frage erwarten, welcher theoretische Ansatz für diese Wissenschaft Soziologie gewählt ist. Die Beantwortung dieser Frage kann nicht verweigert werden, sondern höchsten verschoben werden. Ganz grob kann man zwei Grundannahmen unterscheiden. Diese beiden Theorieströmungen seien hier kurz gekennzeichnet, auch wenn explizit selten auf sie zurückgekommen wird.

Die Grundfrage lautet, welchen Stellenwert die Geschichtlichkeit der menschlichen Gattung hat. Geschichtlichkeiten kennzeichnen als Theorieströmung den historisch-materialistischen Zugang gleichermaßen wie den Zugang über die Geistesgeschichte und die Wirkungsgeschichte einzelner Geistestaten die Gegenstand der Hermeneutik ist. Aussagen können in dieser Theorieströmung nicht gedacht werden, ohne Rücksicht auf Fortentwicklung der Menschheit, die nicht von materiellen Veränderungen gekennzeichnet ist, sondern auch durch eine Weiterentwicklung des Denkens und des Menschseins überhaupt.

Dem steht der Ansatz der empirisch-analytischen Wissenschaftstheorie gegenüber, die allerdings genauso in einem weiteren Spektrum steht. In ihren deutlichen Ausprägungen orientiert sich der empirisch-analytische Ansatz auch in der Soziologie am Bild überkommener Naturwissenschaften. Für diese ist paradigmatisch die Erforschung des Weltalls, bei der Geschichte keine irgendwie relevante Dimension ist. So kann man auch in der Soziologie für historisch kurzfristige Einzelereignisse die Frage nach Ursachen aufwerfen, empirische Methoden diskutieren und anwenden, um dann jenseits der einzelnen Ursachenfeststellungen zu Aussagen über Gesetzmäßigkeiten zu stoßen. So, wie die neuere Naturwissenschaft in Physik und Soziologie gleichermaßen die Relevanz des Systembegriffs erkannt hat, so kann man das auch in der Soziologie und in der Rechtssoziologie Systeme zum

Gegenstand von Aussagen machen. Das Recht als System, das wie Kunst als System, wie Religion als System seine Außengrenzen hat und seine Eigengesetzlichkeiten hat, konstituiert eine Masse von Überlegungen und Aussagen, in der Geschichtlichkeit keinen systematischen Stellenwert hat. So wie in der Vorstellung solcher Systeme bereits seine klare Absage an allen Individualismus und Idealismus angelegt ist, so ist darin auch eine klare Absage an historischen Materialismus, kritische Theorie und Hermeneutik zu sehen. Der Mensch ist überhaupt nicht das Thema, und schon gar nicht in seiner Entwicklung als Menschengattung aus schriftlosen Zeiten heraus über Sklavenhaltergesellschaften, Feudalgesellschaften, Kapitalismus etc.

Im Folgenden geht es um die Einnahme eines anderen Blickwinkels auf die dogmatische Rechtswissenschaft, und deshalb muss man sich nicht für eine der grossen Theorieströmungen entscheiden. Wenn es um die Gewinnung von neuen Einsichten geht, dann können sie nebeneinander von Fall zu Fall nützlich sein. So versteht sich die Abfolge der Kapitel zu Historie und Systemtheorie.

Besser keine vorgängige Definition von Rechtssoziologie!

Für die Darstellung einer Rechtssoziologie empfiehlt es sich allerdings nicht, solche Theorieansätze zum Ausgangspunkt von Darstellungen zu machen, auch wenn man solche Theorien am ehesten die Erwartung stärken, man könne Rechtssoziologie definieren. Das Bewusstsein der großen Theorieansätze kann als Hintergrundwissen nur kurz angesprochen werden. Solches allerdings ist unentbehrlich, um nicht im Irrtum zu verfallen, es gäbe selbstverständlich nur einen legitimen wissenschaftlichen Ansatz, der den Ehrentitel „Wissenschaft“ zu tragen berechtigt sei.

Man muss dies so deutlich sagen, weil in der Vergangenheit immer wieder in Texten der Irrtum auftauchte, mit dem Wort Wissenschaft können notwendigerweise nur und einzig die Beschäftigung mit Einzelphänomenen, Kausalverknüpfungen und Gesetzmäßigkeiten gemeint sein. Eine solche voreilige Festlegung, die dann auch gar nicht mehr richtig ausgewiesen wird, zeigt sich dann auch in der Grobcharakterisierung von Rechtssoziologie selbst. Im Alltagsgeschäft der rechtswissenschaftlichen Fakultäten hört man in der Diskussion über Curricula häufig den Satz, Rechtsdogmatik sei eine normative Wissenschaft und Rechtssoziologie sei eine faktenorientierte Wissenschaft, und das sind Gründe, die Notwendigkeit unterschiedlicher Lehrveranstaltungen und dann auch den notwenigen Vorrang der Beschäftigung mit normativer Wissenschaft. Ein solches Verständnis entspricht weder dem Stande der Rechtssoziologie als Teil der Soziologie und damit als Teil der Geistes- und Gesellschaftswissenschaft, noch entspricht es der Realität der konventionellen dogmatischen Rechtswissenschaft. Nur der Kürze halber sei dies noch einmal mit einem Beispiel des positiven Rechtes verdeutlicht. Eine zentrale Norm unseres Rechts- und Gesellschaftssystems ist der Eigentumsschutz in Art. 14 Grundgesetz; in Abs. 3 dieses Artikels findet sich das Tatbestandsmerkmal „Interessenabwägung“. Auf ein solches Tatbestandsmerkmal ist ein Ansatz nicht beziehbar, nachdem ein striktes entweder/oder geht, nämlich entweder normativ oder faktisch. Jedenfalls beschreibt das Begriffspaar normativ/faktisch nicht die Differenz der Wissenschaft vom positiven Recht und der Rechtssoziologie.

Im Rahmen der Einleitung sei nur kurz gesagt, dass die zuletzt gegebene Warnung vor einer voreiligen Disziplinenbeschreibungen durch ein einziges Begriffspaar auf andere Versuche des gleichen Grundmusters zu erweitern ist.

Man könnte z. B. auch im Anschluss an die sog. juristische Methodenlehre die Aussage machen wollen, die Wissenschaft vom positiven Recht sei die Wissenschaft von der Interpretation der Gesetze und die Rechtssoziologie beschäftige sich mit Fakten. Auch hier sei mit einem Hinweis zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft argumentiert.

> *Wenn Rechtswissenschaft auch die Lehre von der Vertragsgestaltung enthält, dann ist damit nicht gesagt, dass Vertragsgestaltung Gegenstand eines undogmatischen abgehobenen eigenen Wissenschaftsbereichs „Rechtstatsachenforschung“ ist. Auf einem anderen Blatt steht dann, dass das Vorherrschen des Paradigmas „Dogmatik“ rechtswissenschaftsintern ein Ungleichgewicht bewirkt hat zwischen der Beschäftigung mit dem positiven Recht und den Fragen der zweckentsprechenden Vertragsgestaltung, die leider stark vernachlässigt wird.*

Richtige Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit mehr als mit Normanwendung, und deshalb kann man nicht sagen, alle Nicht-Normanwendung sei Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung.

Besser kein Ansatz bei isolierten Methoden und Kategorien!

Ein wissenschaftstheoretischer Text zur Rechtssoziologie könnte mit den Methoden (Fragebogen, teilnehmende Beobachtung, etc) und mit den Kategorien (Rolle, Gruppe, etc) beginnen. Da man Methoden und Kategorien isoliert gewöhnlich nur um den Preis der Langeweile einführen kann, geht man in einen lehrenden Text besser vom Phänomenbereich aus. Wenn die Methoden dann im Text verteilt Erwähnung finden, ist die insoweit bestehende Unübersichtlichkeit das geringere Übel.

Das Spektrum Makro-/Mikrosoziologie als Darstellungsfolie für viele Relationen Recht/Gesellschaft

Für einen Lehr- und Monographietext Rechtssoziologie empfiehlt sich damit folgendes Vorgehen: Die Grundgrößen „Recht" und „Soziologie" werden beiderseits sehr offen behandelt. Recht ist demnach das bürgerliche Recht, das Öffentliche Recht, das Strafrecht, die Rechtsgestaltung, das Institutionenzusammenspiel etc. Man muss offen sein für die Unterschiedlichkeiten, denn das Unterhaltsrecht, das im Bürgerlichen Gesetzbuch steht, ist ein völlig anderes Recht als das Vertragsrecht im selben Gesetzbuch, und das Prozessrecht zur Befangenheit von Richtern hat einen völlig anderen Sinnhorizont als das Patentrecht. Auf der Seite der Soziologie empfiehlt sich, den Überblick zu behalten, in dem man Überlegungen und Aussagen entlang des Spektrums makro-meso-mikro organisiert. Ein solcher gedanklicher Weg von den gesamtgesellschaftlichen Großphänomenen zu den Aussagen über mehr oder minder große Menschengruppen und Institutionen und schließlich zu den Individuen ist nicht nur eine erkenntnisfördernde Heuristik, sondern auch eine gedächtnisstützende Mnemotechnik. Diese Herangehensweise vermeidet auch auf der Seite der Sozialwissenschaft voreilige doktrinäre Ausgrenzungen, wie sie mit Begriffsbildungen wie etwa Rechtssoziologie, Rechtspolitologie und Rechtspsychologie verbunden sind. Wenn man in der Beschäftigung mit dem Thema Rechtssoziologie etwas Wichtiges und Interessantes lernt, was dann aber nach einer gedachten reinen Wissenschaftslehre in Wahrheit Rechtspsychologie ist, dann soll das nicht stören.

Nebenziele

Jeder längere Text kann sich nicht auf einen Darstellungsgesichtspunkt beschränken, wenn er nicht unangenehm doktrinär werden soll. Allzuviel Konsequenz wäre penetrant und dysfunktional, weil sie vom eigenen Weiterdenken der Probleme ablenkte. In diesem Sinne müssen auch Nebenziele verfolgt werden. So werden inhaltliche Stichworte (zB „Vollzugsdefizit") eingeführt, weil sie nun einmal in den juristischen Debatten eine Rolle spielen, und eine auf Klausuren fixierte Ausbildung dieses wichtige Thema vernachlässigt; in solchen Fällen muss eine Rechtssoziologie ausgleichen, was in der Dogmatik fehlt. Der Gestus des „Dafür sind wir nicht zuständig!" darf nicht dazu führen, dass Themen und Konzepte an eine Rechtspolitologie verwiesen werden, die es dann in der Juristenausbildung nicht gibt.

Ein anderes Nebenziel ist die Nennung einiger wichtiger Autoren auch unabhängig davon, ob sie als Rechtssoziologen „im engeren Sinne" gelten dürfen.

Pragmatische Ausgrenzung von Kriminologie

Im selben Sinne muss man sich in dem Nebeneinander von Rechtssoziologie und Kriminologie orientieren. Die Kriminologie ist eine Querschnittswissenschaft mit soziologischen, psychologischen, politologischen und anderen Anteilen. Von vielen anderen Wissenschaften unterscheidet diese Querschnittswissenschaft durch ein sehr klares Erkenntnisinteresse: Wie verringern wir das menschliche Unglück, das Kriminalität mit sich bringt? Es kommt nun nicht darauf an, wie in diesem Felde etwa eine Kriminalsoziologie als eigene Disziplin zu denken wäre, die dann neben Rechtssoziologie und Kriminologie stünde oder Unterfall eines der beiden wäre. Praktisch sollte man Doppelungen vermeiden und also die selbständig etablierte Kriminologie nicht wiederholen oder sonst integrieren. Es sollte nämlich ein wissenschaftlicher Standard sein, sich vorrangig mit dem Neuen und Unbekannten beschäftigen; davon gibt es in der Rechtssoziologie genug.

Kap. 2

Das Spektrum von Makro- zu Mikrosozialwissenschaft als rechtssoziologischer Blickwinkel

Zum Konzept des Kapitels

Wenn nun die Fülle des Rechtsstoffs, wie sie sich in den Veranstaltungsbezeichnungen der Vorlesungsverzeichnisse juristischer Universitätsausbildungen abbildet, auf disziplinär andere Blickwinkel und Ansätze bezogen werden soll, so ist in einem Buch für Juristen nur eine Charakterisierung der Letzteren angebracht. Dies ist allerdings notwendig, weil sie die fehlende Definition der Rechtssoziologie in einem gewissen Sinne ersetzt. Juristen sind gewöhnt, von Definitionen auszugehen und man kann das nicht schlichtweg zurückweisen, was durch Definitionen bewirkt werden soll. Umgangssprachlich gesagt: Man muss wissen, wovon man redet. Nun gibt es vielerlei Definitionen. In seinem Buch zu Begründungen und Auslegungen zählt Gast allein 15 verschiedene Arten von Definitionen auf *(Wolfgang Gast, Juristische Rhetorik: Auslegung, Begründung, Subsumtion, 3. Aufl. Heidelbarg 1997 S. 354 ff*). In diesem Sinne wird im folgenden zur näheren Eingrenzung dessen, wovon mit Hilfe des Wortes Rechtssoziologie die Rede sein soll, exemplarisch beschrieben. Die Hoffnung ist, dass die Exempel „Allgemeines Persönlichkeitsrecht" und „Erbrecht" so einleuchtend und exemplarisch sind, dass der Leser in die Lage versetzt und dazu animiert wird, an anderen Phänomenen dasselbe Spektrum von Fragestellungen durchzuspielen.

In der Umgangssprache der Soziologen untereinander, und in der Umgangssprache der Ökonomen untereinander ist die Verwendung der Wortbestandteile Makro-, Meso- und Mikro ein gängiges und sehr nützliches Verständigungsmittel *(vgl. Hartmut Esser, Soziologie - Allgemeine Grundlagen, 3. A. Frankfurt/M 1999, S. 588 ff).* Das Wort Makroökonomie taucht sogar im allgemeinen Sprachgebrauch auf. Gemeint ist das, was man auch als Nicht-Soziologe und Nicht-Ökonom im ersten Zugriff versteht. Soziologisch gesehen kann man die Phänomene, im Hinblick auf die man wissenschaftliche Fragestellungen erarbeitet, in ein Spektrum einreihen. Makrosoziologisch ist die Frage nach Gesellschaften im ganzen, nach ihrer Typik, nach ihrer Evolution etc. Mesosoziologisch ist die Frage nach dem Geschehen in Schichten oder Gruppen, wobei solche Fragen fast nur noch für die aktuell bestehende Gesellschaft gestellt werden. Mikrosoziologisch wäre z. B. die Beschreibung von Geschehen in der Mutter-Kind-Dyade. Dieses Beispiel macht deutlich, dass dieses Spektrum auch noch in seiner Fortsetzung im Individuellen Sinn macht. Da geht es nicht nur um die Psychologie zum Beispiel mit einem so klassischen Feld wie der Wahrnehmungspsychologie, sondern auch um die freudianische Psychologie des Unbewussten, dass unter Oberfläche individueller Psychologie vorgestellt werden kann. Das Spektrum ist wohlgemerkt eine von außen heran getragene Orientierungschance. Das zeigt z. B. der Fall der Vorurteilsforschung als Musterfall der sog. Sozialpsychologie. Der Sache nach ist Vorurteilsforschung meistens bezogen auf das Verhältnis von Mehrheiten zu Minderheiten. Es liegt nahe, solche Fragen für Soziologie zu erklären.
Die genauen Zuordnungen Politologie/Soziologie/Psychologie bleiben nun in allen Rand- und Überschneidungszonen ohne Diskussion, weil der Aufwand für eine Klärung in diesem Text unangemessen wäre; stattdessen zur Sache.

1. Exempel: Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Problemspektrum von Makro- zu Mikrosoziologie

Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann man die Differenz von richterrechtlicher Dogmatik und rechtssoziologischer Fragestellungen sehr gut demonstrieren. Die richterrechtliche Dogmatik muss der Examenskandidat kennen und in Examensarbeiten zum bürgerlichen Recht reproduzieren können. Danach ist jeder einzelne offene Rechtsfall zu bearbeiten durch die Anwendung vom positiven Richterrecht, das in jedem seiner Details als abschließende Problemlösung gemeint ist.

Dieses Recht provoziert soziologische Fragestellungen, die deshalb dann rechtssoziologische Fragestellungen heißen.

Makrosoziologisch ist die These, dass die zentraleuropäischen Gesellschaften als eine einzige Gesellschaft in einem umfassenden Säkularisierungsprozess begriffen werden kann. Für ihre Mitglieder hat demnach das Christentum seit der Renaissance kontinuierlich an Prägekraft verloren. Von da aus ist die Fragestellung was an Stelle religiöser Bindungen tritt. Als Unterfrage kann man dann meinen, die Mehrheit der von allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzungen Betroffenen (Soraya, Caroline von Monaco, Lady Diana usw.) seien Kultobjekte. Sie seien deswegen Gegenstand unzähliger Fotos und Fotomontagen, weil sie in direkter Nachfolge eingetreten seien in die Strahlen

der Herrlichkeit der Heiligen und Engel. Wenn das richtig wäre, dann könnte man deshalb vertreten, dass Kulte nicht von Recht beeinflusst werden sollen und die Betreffenden schließlich nicht als normale Menschen wahrgenommen würden.

In dieser Perspektive fällt auch auf, dass viele allgemeine Persönlichkeitsrechtsverletzungen sich gegen Exponenten der Restbestände feudaler Strukturen wenden. Was bestimmt die Mechanik einer Feudalgesellschaft, in dem ein sicher nicht restlos rational nachvollziehbares Verhältnis zwischen dem einfachen Mann und der einfachen Frau und der Kaiserin oder Fürstin besteht. Es scheint hier eine Ambivalenz vorzuliegen. Aus der Perspektive der unteren Schichten sind die besseren Leute eben bessere Leute, und die Fürstinnen und Kaiserinnen schon fast überirdisch. All zu viel Glanz und Machtfülle erdrücken und die Information darüber, dass auch Fürstinnen auf dem Markt einkaufen gehen, schafft eine Identifikation derjenigen von ganz unten mit denjenigen ganz oben; offenbar ein sehr stabilisierendes Element in echten Feudalgesellschaften und immer noch nachwirkend, so lange auch unsere aktuelle Gesellschaft nicht wirklich egalitär ist. Die Gegenüberstellung von Feudalgesellschaft und egalitärer Gesellschaft wirft die Frage auf, wie weit das Recht eines modernen Staates Rudimente anderer Sozialverfassungen schützen soll.

Noch auf sehr große Gruppen bezogen sind die Gedankengänge, die sich folgendermaßen skizzieren lassen. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verdankt seine Existenz der scheußlichen Blamage des deutschen Rechtswesens durch seine Integration in den nationalsozialistischen Staat. So wie in der Rechtsphilosophie nach 1945 eine kurzfristige Naturrechtsrenaissance als Antwort auf das krasse Versagen des rechtswissenschaftlichen Positivismus gesucht und gefunden wurde, so war im Zivilrecht die Frage virulent, was denn jetzt nach 1945 Antwort war auf die Zeit zwischen 1933 und dem Ende des Reichsgerichts im Herbst 1944. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann auch begriffen werden als eine Neuerung des Zivilrechts im Rückgriff auf Art. 1 Grundgesetz, die Würde des Menschen, und Art. 2 Grundgesetz, die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Aus diesem Blickwinkel kommt auch in Sicht, dass die deutsche Justiz als soziale Institution mit vielen tausend Angehörigen durchaus widersprüchliche Tendenzen zeigt.

Dafür bildet ein Exempel die BGH-Entscheidung „Vor unserer eigenen Tür“ *(BGH NJW 1966, 2353).* Ein Reporter hatte das bürgerliche und ökonomisch sehr auskömmliche Leben von Menschen, die im Nationalsozialismus schwere Schuld auf sich geladen hatten, zum Thema einer Fernsehsendung gemacht. Die Diskrepanz wurde dem Publikum durch Bilder der aktuell behaglichen Lebenswelt verdeutlicht. Der Bundesgerichtshof schützte mit dem Instrument „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“ die Nutznießer des NS-Regimes und die jetzigen Nutznießer der mangelnden Aufarbeitung der Vergangenheit. Die Entscheidung des BGH liegt im Jahr 1966; möglicherweise wäre sie einige Jahre später ganz anders ausgefallen. Wer die Entscheidung des Bundesgerichtshofes für falsch hält, wird jedenfalls mit rechtssoziologischen Aussagen zur Relevanz der Institution Justiz im NS-Staat argumentieren können.

Sieht man die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus dem Blickwinkel der Soziologie der Schichten, dann fällt Folgendes auf: Die veröffentlichten Entscheidungen schützen im großen Umfang Angehörige der obersten Schichten von Einkommensbeziehern. Menschen mit dem Einkommen des Arbeiters oder des kleinen Angestellten sind in ein oder zwei Prozent des bekannt gewordenen Entscheidungsmaterials als Opfer von Rechtsverletzungen von der Justiz geschützt worden. Ist das gleichheitswidrig?

Man kann sogar die Frage nach der Relevanz der Klassengehörigkeit sinnvoll exemplifizieren. Es fällt nämlich auf, dass in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes eine recht heftige Würdebeeinträchtigungen ohne präventiv wirkende Reaktion blieb *(BAG NJW 19979, 2532*). Wenn der Arbeitgeber ein Metzger des Diebstahls verdächtigt und diesen Verdacht durch Betriebsbekanntmachung einer großen Zahl von Arbeitnehmern bekannt macht, dann beeinträchtigt dies den Betroffenen wahrscheinlich viel schlimmer als Caroline von Monaco durch die Existenz eines Zeitungsfotos beeinträchtigt wird. Das Bundesarbeitsgericht hat hier die Interessen der Produktionsmitteleigentümer in erstaunlichem Umfang dem Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer vorgezogen. Ist das „Klassenjustiz“, und damit ein klassisches Thema der Rechtssoziologie?

Die Menschen verschiedener Schichten haben verschiedene Lebensformen. Diese Feststellung kann man exemplifizieren an der Allgemeinen-Persönlichkeits-Rechtsprechung: Es gibt die Übung, dass Politiker und andere sozial gestellte Persönlichkeiten ihnen zugesprochene Quasi-Schmerzensgelder für allgemeine wohltätige Zwecke spenden. So jedenfalls berichten Anwälte über die Realität. Unter dogmatisch-juristischer Perspektive kann dies nie ein Thema sein, aber rechtssoziologisch handelt es sich um etwas leicht Verständliches: Die Menschen machen je nach Schichtzugehörigkeit verschiedenen Gebrauch von Recht. Unter der Hand entwickeln sich Praktiken der beteiligten Kreise,

die ein anderes Rechtsprogramm aufstellen, als es der Gesetzgeber getan hat. Ein Dogmatiker müsste eigentlich zu der Frage kommen: Hat der verletzte Politiker überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Prozess, wenn er das Schmerzensgeld schliesslich gar nicht selbst auf seinem Bankkonto haben will?

Wenn man in der Soziologie Schichten als Objekt der Untersuchung ausdifferenziert, dann liegt es auch nicht mehr fern, einzelne Rollen (Rollen im soziologischen Sinne!) zu untersuchen. Solche Fragestellungen sind dann allerdings typischerweise schon sehr viel kleinteiliger und in diesem Sinne sicherlich Mesosoziologie. Darauf können wohl eher einzelne Entscheidungen bezogen werden. Nur wiederum als Beispiel: Als der Verlag den Roman „Mephisto“ von Klaus Mann veröffentlichte und die Würde des verstorbenen Gustav Gründgens durch das Verbot des Romans gerettet werden sollte, da ging es auch um Rollen als Bündel von Erwartungen (so die gängige soziologische Definition), die in der bürgerlichen Gesellschaft an Künstler herangetragen werden. Gustav Gründen wurde sicherlich seinerzeit wahrgenommen in der Nachfolge der Genieästhetik, in der der Künstler eine ganz herausragende Sonderpersönlichkeit ist. Konsequenz ist dann, dass der Künstler typischerweise in dieser seiner Rolle mit Politik nichts zu tun hat. Der Romanschriftsteller Klaus Mann präsentierte nicht zuletzt durch seinen Mephisto das (schwierige und der bürgerlichen Welt weithin abgelehnte!) Rollenverständnis des Künstlers als Bürgers und schließlich auch politisch agierenden Bürgers, der aber nicht zuletzt als Künstler eine noch weitergehende Verantwortung in der Politik trägt, denn als Bürger. Es erscheint fraglich, ob bei einer anderen Person als bei dem genialen Künstler Gründgens so problemlos das Fortleben nach seinem Tode auch von der Rechtsprechung angenommen worden wäre. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist ganz überwiegend in der Rechtswissenschaft positiv gewertet worden, aber im Hintergrund solcher Wertungsplausibilität dürfte auch die Rollenkonsistenz pro Gründgens und contra Klaus Mann stehen.

Einige Bereiche in der Soziologie repräsentieren einfach bestimmte soziale Wichtigkeiten und Bedürfnisse. Dazu gehört die Professionsforschung. Profession in diesem Sinne könnten auch die Redakteure von Zeitungen sein, die gewöhnlich eine hoch qualifizierte Ausbildung haben, als abgehobene Gruppe wahrgenommen werden und nach ihrem Selbstverständnis auch auf das allgemeine Beste bezogene Arbeit leisten, nicht nur ihren eigenen Nutzen verfolgen. Von diesem Ansatz aus kommt man sehr leicht zu Fragestellungen zur Höhe des Quasi-Schmerzensgeldes. Muss man in seiner Bemessung berücksichtigen, dass die Redakteure nicht nur ihren eigenen Nutzen verfolgen, sondern auch für das Allgemeinwohl wirken?

Das mikrosoziologische Konzept der Identität wird in der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sehr häufig bemüht. In der Tat kann man mit diesem Konzept sehr gut charakterisieren, worin eigentlich die Verletzung besteht, wenn ein Mandantenschreiben als Leserbrief veröffentlich wird, oder ein falsches Zitat in den Mund gelegt wird oder ein reicher Bierbrauer als jemand erscheint, der sich - gegen Geld oder gegen was sonst? – für eine Potenzmittelwerbung zur Verfügung stellt.

Soziologie fragt sehr häufig schlicht danach, was die Bürger dieses Landes denken, sagen, wissen, präferieren etc. Diese Art Forschung wird vorrangig betrieben mit dem charakteristischen Instrument der Soziologie, nämlich mit dem Fragebogen. Auch dieses hat sich in der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgebildet. Längere Zeit nach dem Verbot des Mephisto brachte der Rowohlt-Verlag den Roman wieder auf den Buchmarkt und rechtfertigte sein Vorgehen in einem Vorwort. Dort war zu lesen, dass man Demoskopie getrieben hatte. In einer Berliner Fußgängerzone waren 10 Menschen befragt worden, was sie noch von Gustav Gründgens *wussten (Klaus Mann, Mephisto, Roman einer Karriere, Reinbek bei Hamburg 1980, S. XII)*. Das Ergebnis dieser Art von Umfrage war das Passende zur Subsumtion eines hier entwickelten Rechtssatzes. Der Verlag argumentierte: Wenn die Erinnerung an den lebendigen Menschen Gründgens sich verflüchtigt und er gewissermaßen zu einem geschichtlichen Ereignis geworden ist, dann kann er nicht mehr in seiner Würde verletzt werden. Ganz abstrakt gesehen mag man diesen letzteren Rechtssatz für einleuchtend halten, aber jedenfalls muss man sich fragen, ob Demoskopie handwerksgerecht betrieben worden war. Nur wenn das der Fall war, konnte man die Romanveröffentlichung für rechtmässig halten.

Setzt man das Spektrum noch unterhalb der üblichen Rede von Mikro-Soziologie fort, dann ist angrenzend an die Frage nach Wissen und Denken in der Abfolge durch psychologische Fragestellungen zu komplettieren. Eine solche psychologische Fragestellung ist verbunden mit „Genugtuung“ als Tatbestandsmerkmal in der Dogmatik des Schmerzensgeldes. Wenn die Leistung eines Quasi-Schmerzensgeldes Genugtuung bewirken soll, dann muss man erstens wissen, was Genugtuung überhaupt ist, und zweitens wissen, wie denn graduell die Genugtuung mit den mehr oder minder vielen Tausenden von Euro steigt. In den ganzen Jahrzehnten, in denen die Rechtsprechung von Genugtuungsfunktion spricht, ist die Rechtswissenschaft in diesem Punkt zu

keinerlei Klarheit vorgestoßen. Schlimmer noch: Sie hat nicht einmal angefangen, die konsequenten Fragen zu stellen. Das Recht folgt hier dem Muster schlechter alter Dogmatik: Es wird ein Begriff erfunden und mit anderen Begriffen in Rechtssätzen kombiniert, aber die Frage nach den Inhalten unterbleibt. Wenn man das so sieht, dann erscheint nicht verwunderlich, dass in früheren Jahrzehnten Rechtssoziologen durchaus hin und wieder die juristische Dogmatik in aggressiven Formen angegriffen haben.

Die Lernpsychologie ist auch im Spiel. Nachdem der „Spiegel" in den ersten Jahrzehnten seines Bestehens die „Story" (eine Sachdarstellung anhand einer personenzentrierten Geschichte) erfunden hatte, hat sich diese Darstellungsform als sehr erfolgreich und damit ökonomisch unentbehrlich erwiesen. Es werden lebende Menschen vorgestellt, und sei es mit Namen, bei denen zu lesen ist „Name von der Redaktion erfunden". In einer Presselandschaft, in dem so sehr auf Lesererfolg durch Namen, Bilder, Anekdoten etc. ankommt, wird die Presse auch in Zukunft immer wieder identitätsstiftende Details suchen, und sie wird in diesem Bemühen auch immer fahrlässig oder vorsätzlich Charakteristiker verkürzen, falsch akzentuieren oder gar erfinden. Die Höhe der Quasi-Schmerzensgelder, die der Presse problematische Darstellungsformen abgewöhnen will, muss auf diese Gefahr reagieren.

Wenn es um Würdeverletzungen geht, dann steht auch die Psychologie des innersten Unbewussten in Frage. Unter freudianischen Gesichtspunkten ist auffallend, dass offenbar eine erhebliche Bereitschaft der Opfer von Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorhanden war, wenn das Verletzungsereignis irgendeinen Berührungspunkt zum Sexuellen hatte. Das Unbewusste folgt der Traumlogik der Erinnerungen und Anstöße. Auf seinem Werbeplakat für Okasa sagte das Bild des Bierbrauers nicht zwingend „ich bin impotent", aber entwürdigend war bereits die Tatsache, dass jenes Bild irgendwie mit Impotenz assoziiert war. Die Logik von Angst, Drohung, Verdrängung, Zuschreibung etc folgt nicht Realitäten und Wahrscheinlichkeiten. Für die affektbesetzte Information „der ist impotent" genügt die Konnotation Bierbrauer/Okasa.

2. Exempel: Das Erbrecht als Problemspektrum von Makro- zu Mikrosoziologie

Zur Einübung des Spektrums von realwissenschaftlichen Fragestellungen sei jetzt ein ganzer großer Rechtskomplex, nämlich das Erbrecht, zum Thema gemacht.

Makrosoziologisch kann man mit der Frage beginnen, ob eine Gesellschaft überhaupt ein Erbrecht hat oder braucht und wovon es abhängt, ob das Rechtssystem als Spiegelung des Gesellschaftssystems dieses u. a. durch ein Teilgebiet Erbrecht spiegelt. In der Geschichte des deutschen Sprachraums wird für die frühe germanische Bevölkerung gesagt, dass es ein Erbrecht nicht gab. Es wird insoweit darauf verwiesen, dass die Angehörigen dieser Stammesgesellschaft sehr wenige Gegenstände des täglichen Gebrauchs besaßen und diese mehr einer Sippe zugeordnet blieben als dem Individuum.

Erbrecht ist aber nicht an Kapitalismus gebunden. Im Feudalismus bezieht sich das Erbrecht auf jene Einheit (im heutigen Sinne bürgerlich-rechtlichen) Eigentum und politischer Macht, die den Feudalismus konstituiert. Aus diesen Zeiten ist in Deutschland das Problem der nichtehelichen Kindschaft überkommen, das auch zur Zeit noch nicht mit der restlosen Gleichstellung erledigt ist. Unverändert gilt, dass ein Teil der nichtehelichen Kinder, nämlich die vor 1949 in der Bundesrepublik geborenen, gegenüber den ehelichen Kindern krass benachteiligt werden. Das Grundgesetz gilt für sie nicht. So weit Sozialwissenschaften sich mit ganzen Rechtskomplexen beschäftigen, tragen sie in solchen Fällen weniger zur Lösung konkreter Probleme bei als zum Verständnis. Insoweit lässt sich sagen: Lässt man einmal die Geschichte der Ideen, Ideologien und diejenige des religiösen Denkens beiseite, so ist die scharfe Unterscheidung ehelicher und nichtehelicher Kindschaft jedenfalls ein politisches und ökonomisches Erfordernis einer Feudalgesellschaft. In einer Gesellschaft, in der die Einheit von Eigentum und politischer Macht an Personen gebunden ist, die wiederum durch die persönliche Treue des Angehörigen der unteren Stände zu Fürsten und anderen Feudalherren konstituiert wurde, dann lautet eine zentrale Frage in dieser Gesellschaft, wie ein Feudalherr auf den anderen bei dessen Tode folgt. Bei seinem Tod muss geklärt sein, in welcher Reihenfolge (erstgeborener ehelicher Sohn? oder erstgeborener Sohn? oder erstgeborenes eheliches Kind?) die Nachfolgefrage geklärt ist.

Solche Erinnerungen erscheinen vielen Juristen uninteressant, weil weithin geglaubt wird, mit dem BGB sei die ständische Gliederung der Gesellschaft im Erbrecht verschwunden. Dem ist historisch nicht so. Das kapitalistische und sogar schon Männer und Frauen gleichberechtigende Erbrecht des 5. Buches des BGB war von zwei real wichtigen ständischen Erbrechten begleitet. In Art. 57 und 58 des EGBGB wurden dem Hochadel Hausgesetze erlaubt.

Art. 57 EGBGB: In Ansehung der Landesherrn und der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen abweichende Bestimmungen enthalten.

Erst vor kurzem noch hat das Bundesverfassungsgericht sich mit dem Sondererbrecht eines Prinzen von Preußen beschäftigen müssen und hat dem BGH aufgegeben, sich mit diesen einschlägigen Normen zu befassen *(BVerfG Beschluss vom 22.3.2004 1 BvR 2248/01).*Das ökonomisch wichtige Sondererbrecht der Fideikommisse ist allerdings schon seit langem verschwunden.

Nicht verschwunden ist das Sondererbrecht der Landwirtschaft in Gestalt von Höfeordnungen *(siehe die Kommentarliteratur zu Art. 64 EGBGB)*. Deren bis heute unvollständige Anpassung an einen kapitalistischen Individualismus ist besonders bei der Gleichstellung von Männern und Frauen juristisch umkämpft worden. Man kann dies als Beispiel dafür nehmen, dass das ganze 20. Jahrhundert das Erbrecht nur scheinbar statisch war und dass es die gesamtgesellschaftlichen Entwicklungsstadien mit vollzogen hat.

Innerhalb einer modernen kapitalistischen Gesellschaft stellen sich Fragen der Vermögensverteilung. Wieweit trägt das Erbrecht (z. B. durch Gleichstellung aller Kinder, nämlich auch der Söhne und Töchter) zu einer Gleichverteilung von Vermögen bei. Oder nutzt die Bevölkerung eines Landes vorhandene eigene Steuerungsmöglichkeiten (Testamente oder dgl.), um weiter die Idee des eigenen Familienoberhauptes und seiner Einzelnachfolge zu praktizieren? Wie weit folgt die Bevölkerung der europäischen Tradition der Benachteiligung von Frauen? Dazu kommen in neuerer Zeit Fragen, für die sich noch gar keine Forschung findet. Vielleicht wird in den nächsten Jahrzehnten das eine große Problem unserer Gesellschaft, nämlich die Frauendiskriminierung abgelöst durch den Gegensatz von Menschen aus langfristig ansässigen Familien und Menschen mit Migrationshintergrund. Führt Erbrecht zu einer weiteren Konzentration von Vermögen bei den Ersteren?

Makrosoziologisch wird man auch die Frage nach dem Verhältnis von Männern und Frauen nennen. Die einzelnen Formen der Ungleichheit von Männern und Frauen sind Gegenstand vielfältiger Forschung. Auch insofern ist das BGB nicht ohne Entwicklung. Mit § 2057 a BGB ist der Versuch gemacht worden, einem Kind, das Besonderes für die Eltern geleistet hat, auch mehr vom Erbe zuzuteilen.

§ 2057 a BGB: Ein Abkömmling, der durch Mitarbeit in Haushalt…. in besonderem Masse dazu beigetragen hat, das Vermögen des Erblassers erhalten… wurde kann eine Ausgleichung verlangen. Dies gilt auch für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat.

Sozial war diese Rolle ganz klar konturiert. Es ging nämlich um eine Form der Zurücksetzung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern, und beiläufig unterlief dem Gesetzgeber, dass der Paragraph auch als zunehmende gerechte Bewertung der Lebensleistung von Frauen in Haushalt und Pflege der Angehörigen der alten Generation verstanden werden konnte. Die Erfahrung der Realität auf diesem Sektor scheint besonders schwierig zu sein; man findet nicht einmal wirklich einschlägige Gerichtsentscheidungen geschweige denn soziologische Forschung zur Wirkung des in der Ideengeschichte höchst interessanten § 2057 a BGB.

In unserer Epoche ist die Forschung zum Verhältnis der Generationen zueinander sehr wichtig. Sie geht in die Rechtspolitik ein. In der Diskussion um das Pflichtteilsrecht leuchtet z. B. ein, dass ein Erbrecht ganz anderes ist, je nach dem, ob der Erbfall typischerweise in einer Gesellschaft mit niedriger Lebenserwartung beim 40. Lebensjahr des Erblasser vorfällt, oder ob die Gesellschaft so geschaffen ist, dass die Erblasser typischerweise 80 Jahre alt sind und die erbenden „Kinder" typischerweise um die 60 Jahre alt sind. Für das typischerweise 20 Jahre alte „Kind" hat ein Pflichtteil eine ganz andere sozialpolitische Bedeutung als für einen Menschen, der sich seine ideale soziale Position längst erarbeiten muss. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 19.4.2005 *(BVErfG vom 19.4.2005 ! BvR 1644/00 A I 4)* beschreibt diese Diskussion; allerdings erhebt sie danach *„tradierte Kernelemente des deutschen Erbrechts" (aaO C I 2 a)* in den Verfassungsrang. Das wird die Kritiker des Pflichtteilsrechtes nicht zum Schweigen bringen *(Beleg: Stüber NJW 2005, 2122)*. Wenn das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches nicht nur vorhandene Ungleichheiten stabilisieren soll, sondern ganz im Gegenteil sozialpolitische, ausgleichende Leistungen erbringen soll, dann muss man insoweit realwissenschaftlich forschen. Ob man solche Forschungen Makrosoziologie oder Mesosoziologie nennt, kann hier dahinstehen.

Rolle im soziologischen Sinne ist ein Konzept, das in beträchtlichem Umfang in die Alltagssprache eingegangen ist. So wird man sich über rechtliche Probleme schneller verständigen, wenn man etwa

die Rolle der Hausfrau und Mutter in ihrer Realität ernst nimmt. Diese betrifft nicht nur die Ungleichheit in der kleinen Familie zwischen Vater und Mutter im Verhältnis zu den Kindern, sondern die zeitliche Disponibilität von Nicht-Lohnarbeit der Frau oder bloßer untergewichtiger Zuverdienst-Arbeit setzt sich in der vorrangigen Leistung von Pflege alter Menschen durch Frauen fort. So stabilisiert sich durch das Miteinander der verschiedenen Bedingungszusammenhänge auch das allgemeine Bewusstsein, nachdem die Hausfrau und Mutter nicht nur für Kinder, Küche und Kirche zuständig ist, sondern auch für die Bettpfanne des bettlägerigen pflegebedürftigen Elternteils. Je nach dem, wie wichtig realwissenschaftliche Forschung solche Strukturen erweist, ist auch die Frage drängend, ob das Erbrecht darauf gerechtere Antworten finden muss.

Professionenforschung wäre im Erbrecht notwendig, wenn professionelle Testamentsvollstrecker kompliziertere Testamente mit Leben erfüllen. Normativ sind die Testamentsvollstrecker recht eng eingebunden, aber trifft nicht vielleicht die realwissenschaftliche Erfahrung zu, dass Professionsangehörige sehr wohl in eigenen Entscheidungsspielräumen für das Richtige so agieren, wie sie selber das Richtige definieren?

Auch eine spezielle Kleingruppenforschung ist im Erbrecht relevant. Trifft es zu, dass die Eltern ihre Kinder gewöhnlich gleich behandeln? Werden gewöhnlich die Söhne den Töchtern vorgezogen, was wegen der inhaltlichen Ausfüllung von § 138 Abs. 1 BGB durch die Wertung des Art. 3 Grundgesetz juristisch problematisch wäre. Oder gibt es andere Muster wie die Bevorzugung der Erstgeborenen vor den Nachgeborenen. Gibt es im relevanten Umfang die Erscheinung, dass die Eltern den Letztgeborenen „Nachzügler“, das „Nesthäkchen“ besonders lieben und beim Vermögenstransfer besonders bedenken? Je nachdem, wie real relevant solche irrrationalen Verteilungsmechanismen sind, muss ein Erbrecht mehr oder minder Gerechtigkeit zwangsweise durchsetzen.

Fortschreiben kann man diese Mikrosoziologie bis in die psychologischen Probleme. Welche Folge hat es, dass viele Testamente in einer Lebensphase beginnender Todesangst abgefasst werden? Wie weit verflüchtigen sich hier die für das Individuum sonst lebenslang bestehende Orientierungen? Ein interessanter Fall insofern der § 14 Heimgesetz, wonach Testamente ungültig sind, die von einem Pflegebedürftigen im Pflegeheim zugunsten des Personals abgefasst werden. Man kann diese Vorschrift mit dem sehr weitgehenden und sehr bedenklichen Vorurteil rechtfertigen, solche Testamente kämen durch mehr oder minder subtile Formen von Erpressung zustande und müssten deshalb unwirksam bleiben. Vorsichtiger wäre die Vermutung, dass der Pflegebedürftige in seiner Situation psychologisch sehr viel enger begrenzt agiert, als in den Jahrzehnten zuvor und nur noch räumlich und zeitlich kurzfristig wahrnimmt – mit der Folge, dass der Ausdruck seines lebenszeitigen Willens, seiner über Jahrzehnte gewonnenen Identität, deformiert wird. Muss das Folgen für die Wirksamkeit solcher Testamente haben?

Freudianische Psychologie kommt auch im Erbrecht als eine denkbare, letztliche Basis zum Verständnis menschlichen Handelns in Frage. Ist die Bejahung des Erbrechts etwa durch seinen Rang als institutionelle Garantie in Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz Ausdruck der verzweifelten Hoffnung des Individuums, seinen Tod überdauern zu können? Werden nicht in vielen Fällen die Gräber gepflegt weil man dem Toten symbolisch das Gute erweist, was man dem Lebenden zu erweisen versäumt hatte? Müsste nicht ein Gesetzbuch, das die realen Bedürfnisse der Bürger abbildet, sehr viel stärker das Recht der Totenfürsorge, der Grabstätten und der Beerdigungsformen regeln als das Bürgerliche Gesetzbuch das tut?

Die Exempel und die Rechtssoziologie als Ganze

In den folgenden Kapiteln wird nun das Darstellungsschema makro-meso-mikro auf das Recht und seinen realen Bezug zur Gesellschaft insgesamt angewendet. Damit verbunden ist eine Streuung des juristischen Beispielsmaterials, das bisweilen willkürlich wirken mag. Das ist der Preis, den man für Realitätsangemessenheit und Didaktik zahlen muss bei einem historisch gewachsenen Makro-Phänomen wie einer ganzen „Rechtsordnung“. Wollte man eine Rechtssoziologie für französische Jurastudierende schreiben, dann würde die nur verständlich mit einem anderen Repertoire an Exempeln. Nur im Grossen blieben die Aussagen die gleichen.

Kap 3

Recht im makrosoziologischen Verhältnis zu Produktion, Zirkulation und Reproduktion

Die Selbsterhaltung der Gesellschaft in Produktion, Zirkulation und Reproduktion

In der Wissenschaft von der Gesellschaft gibt es einen großen Ansatz, der mehr oder minder ausdrücklich vielen Forschungen und Einzelüberlegungen der Soziologie und der Rechtssoziologie zugrunde liegt. Man kann ihn in groben Zügen so charakterisieren: In ihrer Entwicklung, nimmt man sie nun in der letzten zwei Millionen Jahre, oder in den letzte 30.000 Jahren an, befand sich die Menschheit in einem fortwährenden Kampf um Lebensmöglichkeit und Verbesserung von Lebensmöglichkeit. Auch wenn es in irgendwelchen Urzeiten keine sonderlich zielstrebige Geistestätigkeit gegeben haben mag, so hob sich die Menschheit aus der Gruppe der anderen Tiere heraus durch die Fähigkeit Erfahrungen besser und langfristiger zu verarbeiten. Ob es um Feuer und Werkzeuggebrauch geht, oder um den Übergang vom Wildbeutertum zu Landwirtschaft und Viehwirtschaft, das Prinzip ist immer das selbe: Eine Gesellschaft von Menschen muss so beschaffen sein, dass sie den aktuellen materiellen Interessen entspricht, und sie tut dies, indem sie eine unumkehrbare historische Entwicklung zu höheren technologischen Möglichkeiten durchläuft. Beide Grundannahme sind im Denken der gegenwärtigen Menschen all gegenwärtig; man muss nur eine Tageszeitung zur Hand nehmen, um zu sehen, dass in sehr sehr vielen Artikeln Bezug genommen wird auf die Erfüllung der materiellen Interessen und auf eine Vorwärtsentwicklung. Eine religiöse Interpretation des Weltgeschehens ist ersichtlich Randerscheinung und in der Soziologie würde von den Vertretern des vorherrschenden Paradigmas sicherlich abschätzig belächelt, wenn sie überhaupt je artikuliert würde. Andererseits wird das Paradigma auch selten in aller Schärfe ausformuliert, denn es ist einerseits historisch (unumkehrbare Entwicklungen!) und andererseits materialistisch (menschliches Handeln und gesellschaftliches Geschehen sind auf Interessen bezogen!), aber kaum jemand darf sich getrauen, sich offen als historisch-materialistisch arbeitenden Wissenschaftler auszuweisen. In dieser Zuspitzung und Verfestigung nämlich ist die Kombination der Charakterisierung der beiden wesentlichen Elemente des Gesamtansatzes zugleich die Selbstbeschreibung der forcierten Weltanschauung des realen Sozialismus. Dessen Übertreibungen und Ideologisierungen sind nun in den Jahrzehnten bis 1990 langsam verschwunden, aber die wissenschaftlichen Vertreter der „Freien Welt“ haben die internen Entwicklungen des Sozialismus weder in der Politik noch in der Wissenschaft differenziert wahrgenommen und im Großen und Ganzen ihre Feindstellung erst mit dem für sie überraschenden Zusammenbruch des realen Sozialismus verloren, wie man Boden unter den Füßen verliert. Jedenfalls würde man unsinnige Verwirrungen in eine Diskussion bringen, wenn man sich derzeit als historisch-materialistisch arbeitender Gesellschaftswissenschaftler auswiese; nötig ist das nicht. Mit etwas vorsichtigeren Formulierungen bewegt man sich im voll akzeptierten mainstream der Forschung.

Es gibt auch wissenschaftliche Gründe, mit generalisierenden und abstrahierenden Grundaussagen nur sehr vorsichtig und sparsam umzugehen. Was den Materialismus angeht, so haben selbst seine Vertreter im realen Sozialismus anerkannt, dass es einen subjektiven Faktor gibt, dass also soziales Geschehen nicht nur und immer zureichend erfasst werden kann, wenn man materielle Interessen zum Gegenstand wissenschaftlicher Analysen macht. Was die historische Entwicklung angeht, so ist unbestreitbar, dass die Entwicklung nicht immer nur gleichmäßig und überall in Richtung auf eine Verbesserung der Bedürfnisbefriedigung aller Menschen verlaufen ist. So war es z. B. für eingefleischte Vertreter des historischen Materialismus im real-sozialistischen Sinne akzeptiert, das Zentraleuropa in der Zeit zwischen 1450 und 1550 in den italienischen Stadtstaaten und der deutschen Kleinstädterei der Lutherzeit einen sehr hohen Entwicklungsstand des Bruttosozialprodukts pro Kopf der Bevölkerung und ein außerordentlich reges und freiheitliches Geistesleben. Im Vergleich dazu ist die Zeit bis 1650 ein Rückfall, und zwar nicht nur in Deutschland, sondern gleichermaßen in Frankreich, in England, in Italien, in Spanien usw. Für das Ausmaß dieses Rückfalls gibt es keine zureichenden externen Erklärungen.

Die Grundannahme, dass die Mitglieder einer Gesellschaft ihre Gesellschaft erhalten und weiter entwickeln indem sie ihren materiellen Interessen zu genügen versuchen, hat zur Konsequenz, dass alle wichtigen Phänomene, also auch das Recht, auf diese Grundannahme bezogen werden. Wenn man diese Sichtweisen verabsolutiert, dann landet man in der Kurzfassung bei dem Satz: „Das Recht hat keine Geschichte“ (Marx). Das soll sagen: Recht folgt in jedem Detail der gesellschaftlichen Entwicklung, deren Wirkungszentren in der Ökonomie und davon abgeleitet auch noch in der Politik zu

sehen sind. Die Beschäftigung mit der gesellschaftlichen Realität aber weist schnell aus, dass es Grund gibt, das Verhältnis zwischen dem Recht und der Gesellschaft, in der es gilt, in der Vergangenheit Fall für Fall zu untersuchen. In der Gegenwart muss man offen sein für unterschiedliche Analyseergebnisse, gleichgültig, ob man im Forschungsgang bei unterschiedlichen Teilbereichen der Gesellschaft beginnt, oder unterschiedliche des Rechtssystems als Blickwinkel und Ausgangspunkt der Forschung wählt.

Die (ausstehende) Gleichstellung von Männern und Frauen als juristisches Bezugsproblem

Art. 3 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt." bezeichnet eines der grossen gesellschaftlichen Probleme Deutschlands. Warum lässt es sich nicht durch „fortschrittliche" Gesetzgebung lösen? Warum diktiert offenbar die Langsamkeit des gesellschaftlichen Bewusstseinswandels das geringe Tempo der realen Veränderungen, angesichts dessen die Verfassungsnorm Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Grundgesetz dann hilflos wirkt? Auch in sozialpolitisch tatkräftigen Staaten wie Schweden ist reale Gleichstellung von Männern und Frauen zum Beispiel in Leitungsebenen der Wirtschaft keineswegs erreicht und ein offenbar sehr schwieriges Ziel. Hier wirkt eine gesellschaftliche Grundstruktur, insofern die Rolle der Frau in unserer Gesellschaft Teil familiärer Strukturen ist, und diese sind Kernpunkt des Reproduktionssektors. Für diesen gelten andere, ja gegenläufige Prinzipien, und die unterschiedliche Relevanz von Recht ist ein Teil der Differenz von Produktion und Zirkulation einerseits und Reproduktion andererseits.

Recht als Spiegelbild und Segment der Gesellschaft im Kapitalismus

Recht scheint auf den ersten Blick in einem genauen Abbildverhältnis zu den gesellschaftlichen Strukturen und Institutionen zu stehen. Für das öffentliche Recht gilt, dass Institutionen wie das Deutsche Parlament „Bundestag" nur in der Form existieren, die ihnen das Grundgesetz gegeben hat. So jedenfalls die Hauptlinie. Das Bürgerliche Recht scheint in der Kategorie Vertragsfreiheit die Bewegungen von Waren und Dienstleistungen auf Märkten zu reflektieren, und in der Kategorie Eigentum wird die Verteilung von Produktionsergebnissen nachgezeichnet. Die wichtigsten Institutionen des Bürgerlichen Rechts lassen sich auf dieser Basis ausdifferenzieren. Wer ein Fahrrad haben will, der muss es per Kaufvertrag erwerben, und ein Fahrraddiebstahl muss ihn deshalb durch Schadensersatzforderung vergällt werden. Dafür braucht man Deliktsrecht. Der Unternehmer, der den Markt mit Leben erfüllt, muss Eigentümer der in seinem Unternehmen gebauten Fahrräder werden, ganz gleich, welche Ausgangsstoffe zusammengeführt werden und welche Arbeiter Hand anlegen. Wo diese Eigentumsordnung aus dem Lot gerät, da braucht man ein Recht der Eingriffskondiktion. Dort, wo „Menschenhilfe" (eine im Kern moralische Kategorie) das Vertragsrecht ergänzt, setzt § 681 BGB soweit wie möglich die Freiheit des entscheidungsfähigen Rechtsinhabers durch. Der Handelnde, der einem anderen nützen will, muss diesen nach Anweisungen und Einverständnis fragen. Das komplettiert die Parallelität von Gesellschaftsordnung und rechtlicher Verfassung. Die Handlungsfreiheit des Marktbürgers setzt voraus, dass er nicht durch Körperverletzung physisch aus dem Verkehr gezogen wird. Der Diebstahlsparagraph schützt sein Eigentum, der Betrugsparagraph seine Vertragsfreiheit.

Es ist klar, dass ein von Grund auf schlüssig gestaltetes Recht zu kalkulierbaren Rechtsakten führt und damit nicht nur im Detail, sondern auch im Ganzen den kalkulierenden Kapitalismus abbildet und affirmiert. Max Weber hat diesen Zusammenhang weit ausgearbeitet und zu der These überhöht, dieser Typ von Rationalität sei im Entwicklungsgang der modernen Gesellschaften notwendig *(siehe die zusammenfassende Darstellung: Hans Albrecht Hesse: Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden 2004, S. 127 ff.)*.

Die andere Relation von Recht und Gesellschaft im Reproduktionssektor

Im Folgenden soll aber dargelegt werden, dass Recht durchaus nicht durchgängig als direkte Spiegelung gesellschaftlicher Strukturen zu denken ist. Die These lautet: Eine Gesellschaft, die dauerhaft bestehen bleiben will, muss nicht nur Probleme der Produktion von Gütern als Lebensvoraussetzungen für die Individuen bewerkstelligen, und sie muss nicht nur diese Güter in Verteilungsmechanismen an ihre Mitglieder bringen (Zirkulation). Reproduktive Phänomene zeigen ein ganz anderes Verhältnis von gesamtgesellschaftlicher Wirklichkeit und zugeordnetem Recht. Darauf bezogen ist Recht häufig lückenhaft, und verfehlt in den vorhandenen Teilen das im modernen Sinne eigentlich Juristische, nämlich die Vorbestimmung von Konfliktlösungen durch generell-abstrakte Normen, die von Parlamenten als gerechte Lösungen gesetzt werden. Rechtssoziologie kann also in besonderem Maße dazu beitragen, die Unterschiede zu beleuchten, in den in verschiedenen Sphären das Verhältnis von Recht und gesamtgesellschaftlicher Wirklichkeit zu beschreiben ist.

Reproduktion im soziologischen Sinne lässt sich am schnellsten durch Antwortversuche zu der Frage klären, was eine Gesellschaft dauerhaft macht.

Wer produzieren soll, und durch Dienstleistung Warenzirkulation aufrecht erhalten soll, der muss dazu seinen Part in einem Arbeitsverhältnis spielen, und dazu muss er seine Arbeitskraft von Tag zu Tag durch den Wechsel von Arbeit und Schlaf reproduzieren. Über die Abfolge der Tage gesehen ist der Wechsel von Arbeitstag zu Feiertag oder in der Moderne von der Arbeitswoche zum Wochenende historisch eingeübt worden. Niemand soll wie die Hebräer im alten Ägypten Tag für Tag, jahraus, jahrein arbeiten müssen, denn die Lehre jener biblischen Geschichte ist eindeutig: Dem entzieht sich die Arbeitnehmerschaft durch Flucht und sei es durch Flucht in eine sehr unsichere Zukunft und sie unterwirft sich einem göttlichen Gebot, das da lautet: Gedenke, dass Du den Feiertag heiligest. Übers Jahr gesehen ist das Konzept produktiver Arbeit inzwischen fest verbunden mit dem Konzept des Urlaubs. „Hast Du Dich gut erholt?" ist die geläufigste Frage, wenn sich ein Mensch nach einem Urlaub wieder an seinem Arbeitsplatz einfindet. Die Frage täuscht allerdings insofern, als für die meisten Bürger unserer aktuellen Gesellschaft die Qualität der Erholung, die in die Kraft zu weiterer Produktionsarbeit und Zirkulationsarbeit gibt, zentral in der Familie bestimmt ist. Bei Praktikern der Produktionsarbeit und der Zirkulationsarbeit ist es Allgemeinwissen, dass die Arbeitskraft in sehr intransparenten psychischen Mechanismen reproduziert wird. Familie ist auch der Ort, wo idealer Weise die gesamtgesellschaftliche Reproduktion auch in einem zweiten Sinne stattfindet: Noch immer wird auch in der Bundesrepublik Deutschland die Mehrheit der Kinder in einem festen familiären Umfeld gezeugt und geboren. Wie wichtig diese demografische Reproduktion ist, wird immer von neuem diskutiert, wenn in der Öffentlichkeit der Warnruf zu hören ist: „Die Deutschen sterben aus!" In dieser Formel ist am kürzesten der Sachverhalt benannt, dass alle Produktion und Zirkulation von Waren die gesamtgesellschaftliche Reproduktion und Dauerhaftigkeit nicht garantiert. Dafür ist weiterhin nötig, dass die gezeugten und geborenen Kinder aufgezogen werden, und das heißt auch, dass in der Familie bereits der Transfer von Werten stattfindet, ohne die unsere Gesellschaft längerfristig nicht denkbar wäre. Gerade in der Diskussion um die PISA-Studie und um die neuere Entwicklung der bundesdeutschen Hochschullandschaft ist wieder deutlich geworden, wie stark die familiäre Herkunft das Leben jedes Individuum bis zum Abschluss einer Berufsausbildung bestimmt und damit auch darüber hinaus. Denkt man an Produktion und Zirkulation, so besteht gar kein Anlass, diese Steuerungswirkung zu kritisieren. Wünschenswert wäre nur, dass noch mehr Familien in dem höchst komplexen Vorgang „Erziehung" ihre Mitglieder zu guten Ausbildungsabschlüssen und kräftigerer Teilnahme an Produktionsarbeit und Zirkulationsarbeit bewegen. Recht steht insoweit in einem anderen Konkurrenzverhältnis zur Moral als das in Produktion und Zirkulation von Waren der Fall ist, aber die grössere Bedeutung von Moral bedeutet keineswegs ein völliges Zurücktreten von Recht.

1. Exempel zu Recht und Reproduktion: Berufswahl und Elternrecht

Erstens sagt Recht in wichtigen Bereichen zu Phänomenen der Reproduktionssphäre nichts, oder es sagt nichts dazu in vielen Worten. Das Beispiel dafür ist der § 1631 a, der im BGB vom 1. 1. 1900 noch nicht enthalten war.

> *§ 1631 a Satz 1 BGB ….In Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs nehmen die Eltern insbesondere auf Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht.*

Dabei geht es um ein gesamtgesellschaftlich massenhaftes und außerordentlich wichtiges Geschehen. Eltern haben ein Kind, und es wächst heran, und es stellt sich die Frage, welcher Beruf angestrebt werden soll. Man könnte daran denken, einen Rechtssatz aufzustellen, der da lautete:

> *„Eltern und ihre Kinder sind verpflichtet, alles in ihrer Macht stehende zu tun, damit das Kind in seinem weiteren Leben ein ökonomisch möglichst effizienter Produzent von Waren und Dienstleistungen wird*".

Eine solche Norm muss man einen Augenblick lang ernstlich durchdenken. Von allem anderen abgesehen, ist sie schon deswegen problematisch, weil sie ohne sanktionierende Rechtsfolge die offenbenannte Zielsetzung gar nicht erreichen wird. Ohne Regelungen zum Entzug der elterlichen Sorge, wenn die Eltern ihr Kind nicht richtig erziehen und antreiben, und ohne Regeln über die Verfrachtung fauler Jugendlicher in Arbeitshäuser wäre eine solche Norm ziemlich ineffektiv. Die Lösung des BGB vom 1. 1. 1900 hat die eigentliche Frage überhaupt nicht thematisiert. Hier gab es in zeitlicher Abfolge zwei Kompetenzzuordnungen. Von der Geburt des Kindes an bis zur Erreichung seiner Volljährigkeitsgrenze war die väterliche Gewalt umfasst. Ihre Durchsetzung war auch durch körperliche Züchtigung möglich, also durch ein Verhalten, dass in der Feudalgesellschaft Element der Herr-Knecht-Beziehung war. Ab Erreichung der Volljährigkeitsgrenze von damals einundzwanzig

Jahren war nichts mehr verbindlich, was der Vater wollte. Hinter diesen zwei Kompetenzzuweisungen steht ohne eine Dokumentation im Gesetz die Vorstellung, dass in der Mehrheit der Fälle einerseits die Väter für ihre Kinder Berufe auswählen, die lebenslang gerne gelebt werden, und andererseits die Kinder die väterliche Erziehung und sein Vorbild auch gern annehmen und hereinwachsen in das, was der Vater für gut befunden hat. Das Nachwachsen einer langfristig auf fleißige Produktion eingerichteten jungen Generation hat in der statistischen Mehrzahl der Fälle geklappt. Zurückblickend kann man über die Jahrzehnte nur feststellen, dass diese statistische Mehrheit in der Gemengelage von Erziehung, moralischer Kindesliebe, religiös bedingtem Gehorsam der Kinder gegenüber den Eltern, ökonomischem Kalkül bei sonst drohender Enterbung etc. ein Anwachsen des gesellschaftlichen Reichtums bewirkt hat. Anders gesagt: Ein Niedergang und ein Schrumpfen der deutschen wie der übrigen mitteleuropäischen Gesellschaft wurde insoweit im wesentlichen durch Sitten und Moral verhindert, die aber selbst im Beispiel des BGB im Recht nicht einmal genannt wurden. Die heutige indikativische Formulierung dahingegen kann man nicht einmal eine gesetzgeberische Sonntagsrede nennen. In Sonntagsreden deutscher Politiker werden gewöhnlich wenigstens die schönen Zielsetzungen in rhetorisch überzeugenden Formeln beschrieben. Der Gesetzgeber hat sich nicht einmal getraut, das Kriteriendreieck deutlich zu benennen. Das Gesetz könnte einerseits wie um 1900 den Elternwillen in der Phase vor der Volljährigkeit des Kindes bis an die Grenze des 1666 BGB durchsetzen; es könnte die Berufswahl als ein wichtiges Stück des Persönlichkeitsrechtes des Kindes nach Art. 1 und 2 Grundgesetz dem elterlichen Einfluss entziehen und immer schon dem Kind als Freiheit zuschreiben; es könnte über eine dirigistischere Fassung des § 1666 die Effizienzorientierung mit Fürsorgeerziehung und Arbeitshäusern durchsetzen. Der Text aber kombiniert einen diffusen Tatbestand (berücksichtigen) mit dem Fehlen einer Rechtsfolge. Die Grenzlinie zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem Elternverhalten ist durch die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters, nicht aber durch diesen Gesetzestext bestimmt worden. Die Formen und Inhalte der entsprechenden Konflikte sind wohl sozial beeinflusst worden durch die stärkere Zuteilung von familieninterner Macht auch an die Mutter und Hausfrau. Man kann vermuten, dass der Übergang im 20. Jahrhundert vom Herrschaftsverhältnis Vater-Sohn zu einem Koalitionen-Dreieck Vater-Mutter-Kind sehr viel mehr Kompromisse bewirkt hat und real Kindesschutz war. Rechtssoziologische Forschung gibt es dazu nicht.

Es ist an diesem Beispiel zu lernen, dass die Steuerungsmechanismen in der Reproduktionssphäre völlig andere sind als in der Sphäre von Produktion und Zirkulation

2. Exempel zu Recht und Reproduktion: Geldersatz für Urlaubsglück

An einem schuldrechtlichen Beispiel lässt sich zeigen, dass die kapitalistischen Prinzipien des Bürgerlichen Schuldrechts dort scheitern, wo es um Phänomene der Reproduktionssphäre geht. Als Beispiel kann man den Schadensersatz nach § 651 f. Abs. 2 BGB benutzen. Danach wird im Recht der Pauschalreise ein Schadensersatz in Geld für den entgangenen Urlaub gezahlt, wenn die Reise erheblich beeinträchtigt war. Schadensersatz bezeichnet das vertraute Rechtsinstitut, das immer dann zum Einsatz kommt, wenn die Eigentumsordnung verletzt wird oder primäre Vertragsansprüche schuldhaft justiert werden. Seine Formulierung im Gesetz klingt beinahe wie ein mathematischer Algorithmus. Für Vermögensgrößen, also für die kahle Rechnung in Geldsummen, kann man dieser Formel einen relevanten Anteil des Massengeschäfts der Justiz bearbeiten, und im Vorfeld der Justiz sind es sehr stark die Versicherungssachbearbeiter, die z. B. Autounfälle mit vielen Einzelrechnungsposten abwickeln.

Beim Urlaub scheitert der Ansatz. Dies lässt sich an vielen einzelnen Problemen zeigen, die jeweils unlösbar sind. Wie soll der Richter Wochen und Monate nach dem vertanen Urlaub den Erholungseffekt herstellen, der seinerzeit ausgeblieben ist? Das zeigt, dass Reproduktionsgeschehen in andere Sinne zeitgebunden ist als Vermögensrecht. Wie soll man mit dem Arbeiter umgehen, der den fehlenden Urlaub „wegsteckt", also keine Müdigkeitserscheinungen zeigt. Mit welchem Instrument kann Mangel an Erholung bemessen und in anderer Rechengröße wie Geld umsetzen? Benötigt z. B. die Arbeiterin am Fertigungsstand in der produzierenden Industrie mehr Erholung als der Abiturient in den letzten Ferien vor dem Abitur, um die anstehende weitere Lebensphase gut durchzustehen? Ist nicht ein bisschen Aufregung und action Ingredienz eines gelungenen Urlaubs, der die Langeweile und Routine des dann folgenden Alltags überstehen hilft? – Die Rechtsprechung musste irgendeine Problemlösung wählen und orientiert sich in der Hauptlinie an den Reisepreis. Die unbeantwortbare Frage ist nur, ob dieser irgendetwas mit dem Urlaubseffekt zu tun hat. Ist derjenige, der auf einer Kreuzfahrt vor der südafrikanischen Küste in der Abendstunde an der Bar einen Whisky trinkt am Ende der Reise erholter als derjenige, der im Bayerischen Wald um die gleiche Stunde einen Sonnenuntergang bewundert – für ein Zehntel oder ein Zwanzigstel des Geldes!?

Die Inkompatibilität von Reproduktion und Geldwirtschaft führt dazu, dass die dann doch getroffenen richterlichen Entscheidungen nicht rational begründbar sind.

3. Exempel zu Recht und Reproduktion: Das Unterhaltsrecht

Unterhalt ist in von Parlamenten beschlossenen Gesetzen geregeltes Recht. Seine Existenz entspricht dem Selbstbild unserer Gesellschaft und dem Selbstverständnis der Juristenschaft in ihr, wonach alles Wichtige rechtlich geregelt ist. Die Erwachsenengeneration stellt danach die materiellen Mittel zur Verfügung, mit denen die nachwachsende Generation die gesellschaftliche Kontinuität realisiert.
Das Unterhaltsrecht wird zwar für die Mehrheit der Anwendungsfälle im Eltern-Kind-Verhältnis und im Ehemann-Ehefrau-Verhältnis problemlos realisiert. Es teilt insofern das Schicksal z. B. des Kaufrechtes, bei dem sich viele Bürger auch nicht bewusst sind, wie genau ihr Handeln rechtlich vorgezeichnet ist. Aber auch die als Konfliktzonen empfundene Fallkonstellation betreffen große Zahlen von Bürgern. Grund und Höhe von Unterhalt auch für die Kinder sind in vielen Fällen in „intakten“ Familien und vor allem nach Trennungen und Scheidungen von verheirateten Eltern nicht ganz unstreitig. Noch höher dürfte der Anteil von Konflikten und Friktionen sein, wenn die Eltern eines Kindes überhaupt nicht verheiratet waren. Sind die Eltern im fortgeschrittenen Alter, so sind häufig die Kinder unterhaltspflichtig, wobei Kind bereits der juristische Ausdruck ist. Vielfach handelt es sich um Angehörige der Sandwich-Generation, die einerseits die noch studierenden Abkömmlinge unterhält, aber gleichzeitig auch schon in Anspruch genommen wird für die Pflege ihrer eigenen Eltern. Sowohl die reale Pflege ist Unterhalt (in Natur) als auch die Bezahlung von Pflegeheim-Kosten. Die ständig steigenden Scheidungsraten dürften wohl eine zunehmende Zahl von Fällen produzieren, in denen ein Ehegatte nämlich typischerweise die Hausfrau und Mutter, unterhaltsberechtigt ist. In dieser Zone liegt der Konfliktbereich des Unterhaltsrecht, der in der von Männern beherrschten Öffentlichkeit am stärksten wahrgenommen wird. Muss der bisherige Ehemann nach einer Scheidung Unterhalt für die Frau leisten, wenn diese einen Freund hat oder mit dem Freund zusammenlebt.

Differenz von Regelungsdichten. Als erstes fällt am Unterhaltsrecht folgendes auf: Die Regelungsdichte zeigt einen weiteren großen Unterschied zwischen dem bürgerlichen Recht von Eigentum und Vertrag einerseits und dem Unterhaltsrecht andererseits. Man könnte durchzählen, wie viele Worte der Gesetzgeber für das Unterhaltsrecht übrig hat. Dann könnte man damit vergleichen die Zahl von Worten in den BGB-Paragraphen und in der Informationsverordnung zum Fernabsatz oder die Worte der Paragraphen im Bilanzrecht der Aktiengesellschaft. Das Ergebnis ist klar: Für jeden kleinen Sonder-Markt und Einzelproblem des Kapitals ist mehr an Regelung da als im Unterhaltsrecht für Probleme, die für Millionen von Menschen existenziell sind.

Unterhaltsrecht diametral zu Privatautonomie. Unterhaltsrecht bildet seine Prinzipien am schärfsten am auch faktischen Zentralfall aus, dem Kindschaftsrecht. Hier sind die vier Haupttatbestandsmerkmale in aller Reinheit ausgebildet: Eine Unterhaltspflicht besteht dort, wo eine entsprechende persönliche Relation vorliegt; auf der Seite des Berechtigten setzt es die Bedürftigkeit voraus; auf der Seite des Verpflichteten setzt es die Leistungsfähigkeit voraus; die Bemessung erfolgt nach dem Bedarf des Berechtigten. Eine nähere Besichtigung des Unterhaltsrechtes zeigt, dass dieser Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches der Vorstellung von Privatautonomie und Tauschgerechtigkeit so ziemlich diametral widerspricht.

Am krassesten wird Privatautonomie negiert, wo es um das persönliche Verhältnis geht. Die Zahlungspflicht basiert auf Blutsverwandtschaft. Dieses natürliche Faktum wird in Deutschland rechtlich sehr konsequent zur Steuerungsgröße ausgeformt. Es kommt nicht darauf an, welchen Willen die Beteiligten gebildet hatten, als sie ein Kind zeugten. Im Standardbeispiel gibt es keinen Zweifel: Der Mann, der von seiner Partnerin hinsichtlich der Nutzung Empfängnis verhütender Pillen belogen wird, muss für das Kind zahlen, dass er nicht hatte zeugen wollen. Viel häufiger ist allerdings die Situation, die sich kaum jemand als Rechtsentscheidung klar macht und die in der sprichworthaften Wendung beschrieben wird: „Seine Eltern kann man sich nicht aussuchen!“ Bis an äußerste Grenzen der Unbilligkeit sind die Söhne und Töchter ihren alten Eltern unterhaltspflichtig. Der Generationenvertrag wird nicht von Individuen geschlossen und er wird in beiden Generationen durchaus nicht von allen Angehörigen der Generation eingehalten. Weiterhin wird auch der Kreis der Relationen, die zu Unterhalt berechtigen, nicht aus internen Prinzipien der Reproduktionssphäre abgeleitet. Der Testfall dafür ist das Verhältnis von Geschwistern. Muss die Schwester dem Bruder Unterhalt leisten, wenn dieser im Alter zu einem teueren Pflegefall geworden ist und sein Renteneinkommen finanziell seine Fortexistenz nicht mehr sichert? Die Entscheidung, dass dies in Deutschland nicht so ist, haben die Väter des BGB im ausgehenden 19. Jahrhundert getroffen. Dabei wurde die Struktur der öffentlich-rechtlichen Armenversorgung im Deutschen Reich bedacht, aber eine einlässliche Diskussion der Realität des Geschwisterverhältnisses unterblieben.

Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit sind ebenfalls Tatbestandsmerkmale, die im bürgerlichen Recht der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit systematisch fremd sind. Sie sind moralische Kategorien. Dies zeigt ein Vergleichsfall, den man sich so vorstellen mag: Ein wohlhabender Bürger einer italienischen Stadtrepublik des 15. Jahrhunderts geht zum Gebet in die Kathedrale seiner Stadt, und er gibt dem auf Domtreppe sitzenden Bettler ein Almosen; die Höhe des Almosens wird von dem Gedanken bestimmt, dass der Bettler im Laufe des Tages genug zusammen bekommen muss, um zu überleben. In der europäischen Geschichte unzählige Male realisierte Situation sind alle drei Tatbestandsmerkmale konstituierend, die sich bis heute im Unterhaltsrecht zeigen. Bedürftigkeit des einen, Leistungsfähigkeit des anderen, Orientierung am Bedarf. Von bloßer Moralität unterscheidet sich die Anwendung des Unterhaltsrechtes auf der prinzipiellen Ebene nur durch die Existenz der Voraussetzung von Blutsverwandtschaft. Nur in diesem Bereich differieren die Prinzipien von der Moral. Das ist ganz praktisch z. B. bei dem Verhältnis von neuen Ehepartnern und ihren Stiefkindern. Hier werden keine Unterhaltspflichten übernommen, aber ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung dürfte moralische Pflichten der Stiefelternteile betreffend Erziehung und finanzieller Versorgung annehmen. Mit dem „Bedarf“ als Grundprinzip des Unterhaltsrechtes hat es seine besondere Bewandtnis. Die gesetzliche Zentralform lautet, dass die Höhe des Unterhalts angemessen sein müsse. „Angemessen“ ist eigentlich eine Nicht-Regelung. Der Richter, der pflichtgemäß vor der Entscheidung des Konfliktes von Bürgern das Gesetzbuch liest, ist nach der Lektüre jenes Wortes genau so klug, als wie zuvor. Es wäre in der Tat denkbar, Vorgaben zu machen, die den Ansprüchen juristischer Tatbestandbildung genügt. So, wie Leistungen im Zweifel von mittlerer Art und Güte sein müssen, so könnte man dem Unterhaltsberechtigten ein Leben mittlerer Art und Güte ermöglichen wollen. Im Recht der Sozialhilfe hat die Diskussion, was der Mensch zum Leben braucht, eine große Tradition. Hier wird ein Warenkorb kalkuliert, oder man stellt darauf ab, dass der Sozialhilfeberechtigte jedenfalls nicht so viel bekommen darf, dass er lieber sozialhilfebedürftig wird, als dass er Lohnarbeit leistet. Alle solche Überlegungen verwirklichen das erste und wichtigste juristische Prinzip: Die Menschen sind gleich. Während das Kind reicher Eltern mehr Unterhalt bekommt als das Kind armer Eltern, bekommt das Kind reicher Eltern, dass durch ein plötzliches Schicksal unversorgt wird, den gleichen Sozialhilfebetrag wie ein Kind armer Eltern. Hier zeigt sich, dass das Tatbestandsmerkmal Angemessenheit ohne inhaltliche Veränderung das Tatbestandsmerkmal Standesmäßigkeit vom 1. 1. 1900 ersetzt hat. In der aktuellen Rechtspraxis allerdings ist jedes Denken an Standeszugehörigkeit verschwunden, sondern es kommt nur noch auf Geldvermögen und –einkommen an. Der Adlige zahlt also als geschiedener Vater den Betrag an sein Kind, den die Düsseldorfer Tabelle nach seinem Einkommen ausweist; einen Sonderanspruch auf Internat oder Reitpferd hat das junge Mitglied der Adelsfamilie nicht. In der umgekehrten Konstellation ist schon Anfang des 20. Jahrhunderts entschieden worden, dass auch das Kind armer Arbeiter den Anspruch hat, entsprechend seinen Fähigkeiten und Neigungen finanzieller Ausbildungsförderung zu erhalten; erst recht erschien auch heute undenkbar, dass man einem Arbeiterkind die Finanzierung einer höheren Schulbildung verweigert, weil diese nicht standesmässig sei. Die Tradition also, die hinter der Bedarfsbemessung im bürgerlichen Gesetzbuch steht, hat sich verflüchtigt und die Leerformel „Angemessenheit“ füllt den Freiraum im Gesetz mit Druckerschwärze, aber nicht mit einer strukturierenden Idee. Auch im strafrechtlichen Kontext hat man nur Spott für das Tatbestandsmerkmal „Angemessenheit“ übrig, in dem man ein Strafgesetzbuch in einem Satz vorgeschlagen hat: „Wer sich unangemessen verhält, wird angemessen bestraft.“

Steuerung nicht durch Tatbestandsmerkmale. Es zeigt sich an diesem Beispiel die ganze Schwierigkeit, Rechtsstrukturen für die Reproduktionssphäre mit dem rechtlichen Anspruch rationaler Konsistenz zu etablieren. Die bundesdeutsche Geschichte ist insoweit paradigmatisch. Nachdem die Bundesrepublik lange Zeit für Männer und Frauen krass ungleichberechtigend war, gab es den Versuch der sozialliberalen Koalition, ein Scheidungsrecht auf der Basis des für Männer und Frauen gleichberechtigenden Zerrüttungsprinzips zu finden. Im Unterhaltsrecht wurde die Konsequenz durch eine Generalklausel durchlöchert. Die Rechtsprechung konnte die diffuse Formulierung nutzen, um immer weiter aus dem Bauch heraus diejenigen Frauen durch Unterhaltsentzug zu strafen, die sich nach dem Ende ihrer ersten Ehe einem neuen Partner zuwandten. Diese Rechtsprechung der Obergerichte wurde dann wieder im Parlament 1986 in Umformulierung von Generalklausel (§ 1579 BGB) bestärkt, wobei das neue Gesetz ganz unjuristisch nicht durch die Tatbestandsmerkmale wirkte, sondern seine Setzung war höchstens ein Signal. Das Ergebnis ist jetzt, dass der typische lohnarbeitende Ehemann nach der Scheidung von der Unterhaltspflicht für seine Frau freikommt, wenn diese in einer neuen Partnerschaft lebt. Das gilt auch dann – und das ist es, worauf es hier ankommen soll – wenn der neue Partner nicht die neue Kleinfamilie als Familienvater und Ernährer versorgt. Der Witz der Sache ist nun: Wenn die geschiedene Frau ihr Leben nicht nach dem Muster der reproduktiven Kleinfamilie gestaltet, dann wird sie weiterhin als Individuum behandelt und bleibt unterhaltsberechtigt. Im Prozess kann sie also ihre Unterhaltsansprüche damit verteidigen, dass sie

vorträgt, ihr neuer Partner sei nur einer von vielen und sie habe jede Woche einen neuen Freund. Man könnte meinen, dass die Rechtslage in dieser Zuspitzung keine Akzeptanz findet, aber in diesem Bereich wird typischerweise sehr viel damit vernebelt, dass den Beteiligten zugeschrieben wird, bestimmte Realfolgen seien für sie „unzumutbar". Nimmt man diesen Terminus erst, so verlangt eine psychologische Einschätzung, die fern ab von juristischer Rationalität liegt. Der im Produktions- und Zirkulationsbereich erhobene Anspruch des Rechts, Konsequenzen aus Grundprinzipien zu ziehen, ist jedenfalls im Rahmen dieser Entwicklung der reproduktiven Sphäre aufgegeben worden.

Das Ergebnis ist also auch in diesem Punkt, dass die gesamtgesellschaftliche Reproduktion in ihrem Zentrum, nämlich im familiären Geschehen, vom Recht sehr wenig begleitet wird. Die anvisierten Problemlösungen dann jedenfalls diametral entgegenstehend zu den anderswo herrschenden Ideen von Eigentum, Vertrag, Markt. Aufgegeben sind rationale Prinzipienkonsistenz und Kalkulierbarkeit.

Das öffentliche Recht als schwache Einflussgrösse im Reproduktionsbereich

Das Bild wäre natürlich unvollständig, wenn man nicht hinzufügte, dass das öffentliche Recht einiges auszugleichen sucht. Durch die Schulpflicht soll bewirkt werden, dass die nachwachsende Generation zu leistungsfähigen Produzenten herangezogen wird, und durch den Jugendschutz betreffend Alkohol, Drogen etc. soll ein Abgleiten in die Unproduktivität vorgebeugt werden. Nun soll die Relevanz der Durchsetzung von Schulpflicht in den historischen Zeit der Kinderarbeit keineswegs unterschätzt werden, aber für die Gegenwart muss man festhalten: Nach allgemeiner Meinung hängt der ungebrochene Fortbestand der modernen Industrienationen davon ab, dass ein möglichst hoher Prozentsatz der nachwachsenden Generation hohe berufliche Qualifikationen erwirbt. Die Schulpflicht in ihrer gegenwärtigen Form reicht bis zu einer Qualifikation, die allgemein als recht niedrig beklagt wird. Es gibt keine Schulpflicht zum Besuch höherer Schulen und es gibt keine Pflicht, gut qualifizierende Berufe zu ergreifen, und es gibt erst recht keine Pflicht zum lebenslangen Lernen. Die großen Themen der gesellschaftlichen Reproduktion sind also öffentlich-rechtlich nicht geregelt. Hinsichtlich des Schutzes der Jugendlichen vor dem Abgleiten in unproduktiven Privatismus wie z. B. Drogenabhängigkeit ist allgemein bekannt, dass der entsprechende Schutz nur betreffend recht kleiner Randgruppen aktuell ist und in sozial relevantem Umfang doch wieder auf die Familienverhältnisse zurückverweist.

Erst recht ist in unserer Gesellschaft die demographische Reproduktion nicht rechtlich gesteuert. Nur eine Gesellschafts- und Rechtsordnung, die wir dann als unerträglich totalitär empfänden, könnte Zeugungspflichten oder Menschen-Zucht vorsehen. Diskutiert wird die demographische Reproduktion dann anhand von zB Kindergeld. Rechtspolitisch ist dabei umstritten, ob man das Geld den Eltern direkt zahlen sollte oder ob die die derzeitige steuerrechtliche Lösung besser ist. Es ist offensichtlich, dass von der Beantwortung solcher Fragen nur eine kaum messbare steuernde Wirkung auf das reale Verhalten der modernen Frauen und Männer ausgeht, weil viele andere Einflussgrössen wichtiger sind als solche Differenzierungen im Recht.

Eine Rechtssoziologie der gesellschaftlichen Reproduktion?

Eine Rechtssoziologie, die gesellschaftliche Funktionserfüllungen und rechtliche Instrumentarien in Beziehung setzt, kann die Abwesenheit von rechtlicher Steuerung in der Reproduktionssphäre nur registrieren. Die schwachen, aber gleichzeitig komplexen Kausalbeziehungen zwischen Recht und Reproduktion sind hauptsächlich Thema der Wirkungsforschung. Auf deren Probleme wird zum Beispiel im Abschnitt über die Begleitforschung zur Kindschaftsrechtsreform zurückzukommen sein.

Kap. 4

Recht und unterschiedliche gesamtgesellschaftliche Entwicklungszustände

Zum Konzept der Darstellung

Oben war in einer kurzen Skizze dargetan, dass Recht im Großen und Ganzen die gesellschaftlichen Gegebenheiten in der Sphäre der Produktion und Zirkulation nachzeichnet. Die Normen sind also nicht eine von der sozialen Wirklichkeit separierte Sonder-Welt, und sie sind auch nicht eine Gegen-Welt, die allein die Menschen daran hinderte, nach der Art von Wölfen (homo hominem lupus!) übereinander herzufallen. Eine differenziertere Analyse ergibt weiterhin, das Recht nicht nur gesellschaftliches Geschehen nachzeichnet, das dem Selbstbild von freiheitlichem Individualismus und Marktgeschehen entspricht. Dieses ist vorherrschend, aber nicht allein. Recht spiegelt in einzelnen Bereichen unterschiedliche gesellschaftliche Entwicklungszustände. In unserer Zeit kann man sehr wohl archaische soziale Restbestände ausmachen, die soziale und rechtliche Gegenwart sind. Das Beispiel dafür sind Tabus. Unsere Gesellschaft hat sich auch nicht ganz gelöst vom Feudalismus. Sichtbar sind auch verschiedene Entwicklungszustände des Kapitalismus und Anfänge von Globalisierung.

Das juristische Bezugsproblem Sittenwidrigkeit

Opportun ist Beispielsmaterial aus der Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal „Sittenwidrigkeit“. Das hat den Vorteil, dass die als angebliche Auslegung der Leerformel gewonnenen Ergebnisse der Rechtsprechung (nach vorgängiger oder begleitender Diskussion in der juristischen Literatur) von der Juristenschaft und Justiz mit dem Anspruch rationaler Argumentation verantwortet werden.
Sittenwidrigkeit ist ein wichtiges Tatbestandsmerkmal in allen Teilrechtsgebieten, z.B. im Recht der Verträge, Testamente, Körperschaftssatzungen, im zivilrechtlichen Deliktsrecht, im Strafrecht, im öffentlichrechtlichen Gewerberecht etc. Die Rechtsprechung und juristische Literatur zu dieser Generalklausel steht immer unter dem Anspruch, rational begründete Entscheidungen zu bieten, und nicht politische Dezisionen oder parlamentarische Deals oder auch moralische Traditionen. Dieser Anspruch zwingt die Rechtsprechung dazu, in der Ausformung des Tatbestandsmerkmals Sittenwidrigkeit die gesellschaftlichen Grundregeln zu benennen, aus denen die Einzelwertungen in nachvollziehbaren Begründungszusammenhängen abgeleitet werden können. In der Kommentarliteratur aber stellt sich Sittenwidrigkeit als ein Sammelsurium von Fallgruppen dar, die zum Teil nur noch alphabetisch aufgereiht werden. Das Dickicht lichtet sich, wenn man von der rechtssoziologischen Idee ausgeht, dass die Unübersichtlichkeit dieses Rechts ein Abbild der unübersichtlichen, aber letztlich doch verstehbaren gesellschaftlichen Strukturen ist.

Rudimente des gesellschaftlichen Entwicklungsstadiums Archaik

Frühe Gesellschaften sind gekennzeichnet durch die Existenz von Tabus. Tabus in diesem Sinne sind gesellschaftliche Normen, die hoch sanktioniert sind, aber nicht hinterfragt werden dürfen. Für den Zweck der hier gegebenen Darstellung genügt es, mit diesem sehr groben und der Umgangssprache nahen Begriff von Tabu zu arbeiten. Die Eingrenzung auf soziologisch relevante Erscheinungen kann durch das Beispielmaterial gesteuert werden. Die konstitutive Irrationalität von Tabus lässt diese als Fremdkörper in einer Gesellschaft erscheinen, die in der Ökonomie und in allen anderen Lebensbereichen rationales Handeln als Leitbild und Selbstbild kennt.
Das klassische Tabu ist das Inzesttabu. Alle Gesellschaften der Erde kennen Verhaltensverbote wegen Inzest, auch wenn die jeweiligen Grenzlinien von Fall zu Fall differieren.
Die Tatsache, dass manche Mitglieder der Gesellschaft offenbar die offene Irrationalität des Tabus als Schandfleck einer fortschriftlichen Gesellschaftsentwicklung empfinden, hat wohl bewirkt, dass immer versucht wird, Inzesttabu als rational darzustellen. Dazu zwei Bemerkungen:

> *Eine eugenische Rationalität wird oft behauptetet, aber nicht bewiesen. Die entsprechende Diskussion ist gekennzeichnet durch eine Verwechselung von Inzest und Inzucht. Inzucht mag in einer tierischen oder menschlichen Population ein Ereignis sein, dass die Krankheiten der Individuen steigert und die Kontinuität jener Tier- oder Menschengesellschaften gefährdet. Sie setzt aber ein Verhalten über diverse Generationen der Population voraus und ist ganz unabhängig davon, ob es auch unter sehr nahen Verwandten zu reproduktiven Verhalten kommt. Solange man sich nicht vorstellt, dass ganze Gesellschaften über Generationen hinweg immer nur Sexualbeziehungen im engen Familienzirkel haben, kann ein gedachtes*

Fehlen des Inzesttabus keine Inzucht bewirken. Es gibt aber keinerlei Hinweis darauf, dass ohne das Inzesttabu in irgendeiner Gesellschaft inzestiöses Verhalten Massenerscheinung würde.

Ein zweiter Überlegungsstrang versucht wenigstens für die fernere Vergangenheit eine Rationalität des Inzesttabus zu entdecken. Danach soll in frühen Gesellschaften die notwendige gesellschaftliche Durchmischung zur Förderung von technologischem und anderem Austausch dadurch befördert worden sein, dass die Abkömmlinge einer Familie (oder Horde oder Sippe) gezwungen wurden, Abkömmlinge einer andere Familie (oder Horde oder Sippe) als Partner zu wählen und mit ihnen Abkömmlinge aufzuziehen. Diese fortschrittsfördernde Wirkung des Inzesttabus ist bereits für die ferne Vergangenheit sehr zweifelhaft, aber eigentlich unüberprüfbar. Man kann sich aber vorstellen, wie es in einer frühen Jäger- und Sammlergesellschaft mit niedriger Lebenserwartung und einer geringen Kinderzahl pro Frau ausgesehen haben könnte. Die letztgenannten Umstände bewirken unabhängig von der Existenz oder Nichtexistenz von Inzestregeln einen beträchtlichen Grad von langfristiger Durchmischung von Populationen. Erst recht muss man allerdings erwägen, dass die Gesellschaften für die nach diesem Gedankengang das Inzesttabu funktional und damit rational sein soll, Hunderte oder Tausende Generationen her sind. Es gab also reichlich Zeit, sich von den Lebensformen jener Gesellschaften zu trennen und zu befreien wie vom Schamanentum.

Hinzu zu fügen ist der Vollständigkeit halber eine Banalität: Das Inzesttabu hat nichts zu tun mit dem Problem des Kindesmissbrauchs. Körperlich beeinträchtigende sexuelle Zumutungen und Handlungen müssen den Kindern erspart bleiben, aber natürlich sind denjenigen Kindern, die von den handelnden Erwachsenen abstammen, so schutzwürdig wie denjenigen Kindern, die keine Abkömmlinge der Täter sind.

Nach viel Vorreden ist die Hauptsache sehr kurz zu beschreiben: Auch das Recht des fortgeschrittenen Industriestaates Bundesrepublik Deutschland bestätigt und verstärkt das Inzesttabu.

§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB: Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigende Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft ... Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.

Die Tatsache, dass es auf den Vollzug des Beischlafs ankommt und nicht auf evtl. eugenisch unerwünschte Nachkommenschaft, kennzeichnet das Tabu. Allerdings ist diese Ausformung des Inzesttabus im geltenden Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland nicht gänzlich unangekränkelt von modernen Ideen. Geschwister werden nämlich nicht bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht 18 Jahre alt sind, § 173 Abs. 3 StGB Nicht jeder Beischlaf unter Geschwistern wird in der Bundesrepublik Deutschland als Beleidigung der Weltordnung sanktioniert, sondern nur derjenige, der von Erwachsenen und gereiften Persönlichkeiten ausgeübt wird. Das ist Inkonsequent, wie Tabus nun einmal sind. Diese Inkonsequenz wird kaum bemerkt, weil der Gesetzestatbestand toter Buchstabe ist. Der Tabubruch findet höchst selten und nur ganz im Geheimen statt. Rationalität ist eben kein Merkmal dieser gesellschaftlichen Entwicklungsstufe.

Es gibt in der gesellschaftlichen Wirklichkeit der jetzigen Bevölkerung der Erde ein Tabu, das wesentlich stärker wirkt als das Inzesttabu. Alle Hochkulturen unsere Kulturraumes, deren Entwicklungen bis heute weiter wirken, haben offenbar von Anfang an mit einem Kannibalismustabu gelebt. Die einzige Hochkultur, in der das anders war, nämlich das Aztekenreich, ist vor rund einem halben Jahrtausend ausgelöscht worden. Kannibalismus als Praxis in bestimmten Stammesgesellschaften des afrikanischen und pazifischen Raumes hat die Hochkulturen Europas, Indiens, Chinas nie im Ausmaß der Tabuisierung irritiert. Durchgesetzt worden ist auch für diese afrikanischen und pazifischen Kulturräume das Tabu vor so langer Zeit, dass es wiederum keine verbliebene ernstliche Debatte gibt. Der einzelne Tabubrecher in unserer Gesellschaft versetzt sich in eine völlige soziale Isolation. Zu der vollen Ausprägung des Tabus gehört, dass es gilt, auch wenn es im staatlichen, parlamentarisch gesetzten Recht keinerlei Erwähnung findet. Das Tabu wird nicht in die Öffentlichkeit des Bundesgesetzblatts gezerrt. Instruktiv ist die Art, wie der Bundesgerichtshof *(2 Str 310/04)* den Fall behandelt hat, den er selbst in der Presseerklärung als „Kannibalen-Fall“ bezeichnet. Er hat zuerst einmal verständlicherweise präzis diskutieren müssen, wie es sich genau mit der Tötung des Opfers verhielt. Davon zu unterscheiden war aber der im Strafgesetzbuch nicht vertypte Sachverhalt, dass Menschenfleisch gegessen wurde. Hinsichtlich dieser Handlung hat der Bundesgerichtshof in seiner Revisionsentscheidung dem Landgericht aufgegeben, § 168 StGB zur Anwendung zu bringen. Dieser lautet:

§ 168 StGB: Störungen der Totenruhe. (1) Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt, oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft...

Auszugehen war im Prozess davon, dass das Opfer selbst einverstanden gewesen war, dass nach seinem Tode sein Fleisch teilweise gegessen wurde. Das Landgericht hatte gemeint, die Zustimmung des Opfers habe bewirkt, dass die Verhaltensweise des Täters straflos sei. Damit hat das Landgericht sich im Rahmen der strafrechtlichen Dogmatik bewegt. Der Bundesgerichtshof hat diese verlassen und judiziert, den § 168 StGB liege das Bewusstsein von der jedem Menschen zukommenden und über den Tod hinaus wirkenden Würde und von der Würde des Menschen als Gattungswesen zugrunde. Diese Formel von der „Würde des Menschen als Gattungswesen" ist der entscheidende Gedankenschrift von einer Rechtsordnung, in der Individuen Rechte haben und verfügen, zu der höheren Entität einer menschlichen Gesellschaft, die sich von tierischen Gesellschaften schließlich dadurch unterscheidet, dass sie Tabus kennt. Unverfügbar ist das Tabu. Das Landgericht hatte den Täter wegen der Tötung eines Menschen zu 8 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, während der BGH in der aufhebende Revisionsentscheidung ersichtlich auf die Anwendung des Mordparagraphen seiner Möglichkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe zielt. Die Entscheidung spricht es nicht aus, aber man kann vermuten, dass hinter ihr der Satz steht, dass für den schlimmsten Tabubruch die höchstmögliche Strafe verwirkt ist.

Ein Tabu, das in unserer Gesellschaft durchaus noch präsent ist, ist die „Verhülltheit des Todes" *(dazu Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt 1973, S. 186 f.)*. Dabei ist die Art der Behandlung dieses voraufklärerischen Relikts im juristischen Schrifttum genauso desperat und unsicher wie in der Praxis. Unvermittelt werden Wertungen eingebracht, die so in der gesamten restlichen Gesellschaft nicht gelten. Während sonst im Kapitalismus geschicktes Händlertum positiv bewertet wird, trifft das Verdikt der Sittenwidrigkeit denjenigen Grabsteinverkäufer, der Hausbesuche bei Verwandten des kürzlich Verstorbenen macht *(RGZ 145, 396 vgl. BGH MDR 67, 378).* Verhindert wird das Eindringen Fremder in den Umkreis des Toten. Dem Handel entzogen sind nicht nur Teile des Toten, sondern auch die den Bestattungszwecken gewidmeten Sachen, wenn sie sich allenfalls in der Sphäre des Toten befanden *(Palandt, 64. Aufl., vor § 90, Rz 10.).* Auch die Zwangsvollstreckung soll nicht „am Totenbett" oder „im Trauerhaus" *(vgl. die Beispiele bei Max Vollkommer, Der deutsche Rechtspfleger 1982, S. 2 ff.)* stattfinden. Das wirkliche Problem der Fallgruppe liegt darin, dass ein Tabubruch eigentlich die totale Verstoßung, die Beseitigung des Tabubrechers aus der menschlichen Gemeinschaft als Reaktion erfordert. Wird ein wirkliches Tabu so absolut durchgehalten, so werden keine Abgrenzungsprobleme und Grauzonen mit abgestuften Rechtsfolgen problematisch. Wenn man sich als Richter oder Bürger vor Entscheidungssituation gestellt sieht, in denen ein Tabu zu den Randbedingungen gehört, dann gibt es keine funktionierenden Abwägungsregeln, sondern immer nur weiter irrationale Dezisionen, die dem Standard moderne juristischer Arbeit nicht genügen**.**

Reste der ständisch-feudalen Ordnung

Unsere Gesellschaft enthält Elemente aus der Ära, die dem Kapitalismus vorausging. Hauptfall sind die als ständisch begriffene Berufe, nämlich Arzt und Rechtsanwalt. Hier haben sich eine Reihe von Einzelelementen jener vorkapitalistischen sozialen Ordnung erhalten. Scharf abgelehnt wird bis heute die Idee, solche ständische Organisation könne als Gewerbe verstanden werden, nämlich als profitorientiertes, privatautonomes Wettbewerbshandeln. Statt dessen lassen sich bei Ärzten und Rechtsanwälten folgende Beobachtungen machen: Ihre Einnahmen sind nicht nach Leistung bemessen (sie sind Gebühren), Konkurrenz durch Werbung ist verboten, eine Standeskleidung wird gepflegt und verlangt, schwarz oder weiß, das heißt also von der Gesellschaft abgehoben und nicht funktional begründet, ein besonderer Chorgeist und eine besondere Kollegialität werden häufig beschworen, die Organisation Kammer negiert die liberale Trennung von Staat und Gesellschaft, wie auch eine Standesgerichtsbarkeit besser in feudale Strukturen passt; den Betroffenen gegenüber sollen besondere Pflichten gelten („Organ der Rechtspflege"; „hypokratischer Eid"); es bestehen besondere Schweigepflichten und –rechte.

Ein Teil dieses vorkapitalistischen Materials wird derzeit wohl nur gesellschaftlich verarbeitet, wie die Frage, ob Ärzte immer die standesgemäße weiße Kleidung tragen müssen. Wäre es ein Kündigungsgrund, wenn ein angestellter Arzt mit hygienischer, aber buntfarbener Kleidung am Arbeitsplatz im Krankenhaus erschiene? Einige solcher Pflichten, die dann ausdrücklich auch Standespflichten genannt werden, werden in der Rechtsprechung zu dem Tatbestandsmerkmal „Sittenwidrigkeit" stabilisiert. Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich im Bürgerlichen Recht, im Gewerberecht, im Recht des unlauteren Wettbewerbs und an vielen Stellen noch. Als klassische

Leerformel gilt die Arbeit mit diesem Tatbestandsmerkmal als Entwicklung von Entscheidungsmaßstäben durch Juristen, aber aufgrund der Wahrnehmung des „Zeitgeistes“, für den man die Formel verwendet „alle billig und gerecht Denkenden“. Im Verhältnis zu den Standespflichten hat sich die Rechtsprechung einige Flexibilitäten erhalten. Während es wohl vor längerer Zeit so war, dass Standespflichten (also nichtstaatlich gesetzte Pflichten) im großen Umfang über die Leerformel Sittenwidrigkeit zu Rechtspflichten verstärkt wurden, ist diese Praxis in den letzten Jahren und Jahrzehnten zurückgedrängt worden. Ganz verschwunden ist sie allerdings nicht.

In dieselbe Sparte gehört auch „Kommerzialisierung“ als dogmatische Kategorie, also als Verdikt gegen das Versprechen eines Entgelts, welches in dem betreffenden Lebenskreis als anstößig gilt. So ist der Verkauf von Orden und Titeln sittenwidrig. Dabei wird in den juristisch-dogmatischen Texten nicht die spezifische sozialhistorische Einpassung von Orden und Titeln in einem späten Feudalstaat gesehen, in dem stehendes Heer und Verwaltungsbeamte für den Fürsten Finanzierungsprobleme mit sich brachten. Wie bei den ständischen Tätigkeiten allgemein ist auch für den Offizier und Beamten in einem Staat noch nicht genug Geld da, der die Entwicklung zum Steuerstaat noch nicht voll durchlaufen hatte. Eine Äquivalenz von Lohn und Arbeit nach Marktpreisen konnte sich der Fürst nicht leisten. In dieser Situation gewinnen Orden und Titel große Bedeutung als nicht finanzielle Entlohnung. Diese Praxis der Stabilisierung eines geordneten Gemeinwesens ist aber in einer Hinsicht empfindlich. Wenn Orden und Titel nicht nur durch Meriten erwerbbar sind, sondern auch durch Bezahlung in Euro und Cent, dann verfehlen sie ihren Sinn. Wenn ich den Träger eines Ordens und des Titels gegenübertrete, dann muss ich als Bürger sicher sein, dass hier besondere Leistungen sozial anerkannt worden sind. Die Existenz eines Anteils von bezahlten Orden und Titel entwertet den ganzen Mechanismus.

Im Bereich des Familienrechtes klingen manchmal noch ständisch-feudale Gesellschaftsmuster in den Argumentationsstrukturen bis in die Jetzt-Zeit nach. Eine Feudalgesellschaft hatte zum Beispiel das Problem des Erhalts von Familienvermögen. Dieses Vermögen durfte einerseits nicht auf Individuen aufgeteilt und zu ihrer freien Disposition gestellt werden; andererseits durfte es auch nicht so starr an einen Familienverband gebunden werden, dass die wechselnden Situationen in der Generationenabfolge nicht aufgefangen werden konnten. Die großbürgerliche Familie des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts übernahm in manchem die ideologischen Konstrukte der feudalen Adelsfamilie. Das BGB vom 1.1.1900 hat in seinem Eherecht zu Förderst die patriarchalische großbürgerliche Familie nachgezeichnet, die ihrerseits ein schattenhaftes Abbild des adligen Hauses mit einem Familienoberhaupt war. Die konservativen Kräfte in der Bundesrepublik Deutschland haben dieses Familienbild des Wilhelminismus immer weiter hoch gehalten, und an einzelnen Punkten lässt sich das bis heute zeigen.

Die Hinweise zur Aktualität des Feudalismus seien durch ein bizarres Beispiel abgerundet. Der Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland Helmut Kohl hat das staatliche Gesetz gebrochen und eine Parteifinanzierung größeren Umfangs nicht transparent gemacht, weil er sich durch ein „Ehrenwort“ stärker gebunden fühlte als durch staatliches Gesetz. Insgesamt ist er nach diesem Gesetzesbruch sehr glimpflich behandelt worden – so jedenfalls meine Deutung der Historie. Unter verschiedenen anderen Umständen dürfte dabei beteiligt gewesen sein, dass auch für die Richter „Ehrenwort“ immer noch eine wichtige Kategorie ist. „Ehrenwort“ ist aber das klassische Bindemittel in einer Gesellschaft, deren konstituierendes und stabilisierendes Moment Adelsfamilien sind.

Klassisches kapitalistisches Recht

Auch die kapitalistische Gesellschaft ist nicht ohne Entwicklungsstufen. Auch sie folgen nicht nur in der Geschichte in Jahrhunderten und Jahrzehnten, sondern stehen immer noch auch als ungleichzeitige im Sinne von Bloch *(Ernst Bloch, Die Erbschaft dieser Zeit, Frankfurt 1979, zuerst 1935, Seite 104 ff.)* nebeneinander. Dabei ist die deutsche Geschichte typisch. Der Kapitalismus, wie er als Wirtschaftsordnung der Wilhelminischen Zeit durchgesetzt wurde, war kein Liberalismus. Er hielt nämlich seine eigenen freiheitlichen Prinzipien nicht ungebrochen durch. Der Staat, der gegenüber dem Kapital freiheitlich war, war gegenüber der Arbeiterschaft repressiv. Das Recht hat diese Zwiespältigkeit affirmiert. Typisches Stichwort ist auf der einen Seite „Knebelung“ *(Palandt, 64. Aufl., § 138 Rz 39).* Der ursprüngliche Sinn wird deutlich aus einer Entscheidung, die vor dem ersten Weltkrieg gefällt wurde. Eine Petroliumsgesellschaft hatte mit einer anderen einen völligen Unterwerfungsvertrag abgeschlossen (RGZ 82, 386). Das Reichsgericht formulierte nun, ohne den wirtschaftlichen Hintergrund auszuleuchten: „Eine Gesellschaft kann sich auflösen, aber nicht selbst entmündigen, so wenig sich eine natürliche Person entmündigen kann ...“. Das lässt sich als Konsequenz aufklärerischen Liberalismus deuten. Die überwundenen Zustände der Sklaverei oder der Hörigkeit dürfen danach nicht durch die erkämpfte bürgerliche Vertragsfreiheit wieder eingeführt werden. Für den extremen Fall der Selbstentmündigung der Individuen ist dieser Satz auch heute

noch in Geltung *(BGHZ 46, 161*). Ebenso werden bis heute viele Rechtsgeschäfte wegen sittenwidriger Knebelung für nichtig erklärt. Danach müssen Wettbewerbsfreiheit und Selbstständigkeit gewahrt bleiben und Abhängigkeit muss vermieden werden; so die normative Formel *(z. B. BGH NJW 1974, 2090*). Allerdings scheint sich das Milieu der Betroffenen verändert zu haben. Während Konzentrationsprozesse bei Ölgesellschaften und ebenso die Fragen langfristiger Kooperation größerer Firmen heute ganz anderen Regelungsmechanismen unterworfen sind, geht es jetzt noch vorwiegend um die mittelständische Industrie und zum Teil um kleinbürgerliche Unternehmer, nämlich um Gastwirte *(Palandt aaO Stichworte Automatenaufsteller, Bierbezug*). Abstrakt wird allerdings der Unternehmer mit seiner unternehmerischen Freiheit beschworen.

Die andere Seite:
Der klassische Angriff des vierten Standes auf hochkapitalistische Strukturen sind Streik und Boykott. Interessant ist namentlich der Fall des Boykotts. Ein Boykott kommt dadurch zustande, dass Individuen ihre Freiheitsrechte gebrauchen. Derjenige, der zum Boykott aufruft, macht von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch. Man sollte meinen, dass man als Bürger der Gesellschaft gleichermaßen frei darin ist, z. B. zum Besuch des Gottesdienstes aufzurufen wie dazu, keine Robbenpelzmäntel zu kaufen. Wenn andere Bürger sich beeinflussen lassen durch jenen Gebrauch der Meinungsfreiheit und also entweder beten oder keine Robbenpelzmäntel kaufen, so gilt: Das Nicht-Kaufen ist Gebrauch einer elementaren Freiheit im kapitalistischen Wirtschaftssystem, nämlich der Vertragsabschlussfreiheit. Die Kombination von Äußerungsfreiheit und Vertragsabschlussfreiheit wurde aber vom Reichsgericht als sittenwidrige Schädigung sanktioniert. Auch wenn die Formulierungen und Inhalte seit den Zeiten des Reichsgerichts stark zurückgenommen worden sind, so hat man sich in der Rechtsprechung der juristischen Literatur bis heute nicht entschließen können, Boykott aus Kommentaren und Lehrbüchern zu streichen. Anwälte müssen ihre Mandanten darüber beraten, dass es immer noch ein Risiko ist, zu einem Boykott aufzurufen.
Ähnlich verhält es sich mit dem Satz, dass Schmiergelder sittenwidrig sind. Auch dies ist nicht von politischen Parteien in parlamentarischen Auseinandersetzungen entschieden worden, sondern im Zusammenspiel von Rechtsprechung und juristischer Literatur. Schon die emotionale Terminologie ist auffällig und lenkt ersichtlich von einer genaueren Analyse der ökonomischen Sachverhalte ab. Für das Verdikt der Sittenwidrigkeit soll es charakteristischerweise nicht auf die reale Schädigung eines Dritten ankommen *(BGH NJW 1977, 1062).* Weshalb soll ein Verhalten verhindert werden, dass den Arbeitgeber nicht schädigt? Es kann doch nur darum gehen, abzusichern, dass der Unternehmer restlos alle Einkommensquellen allein nutzen kann, die mit seinem Gewerbe verbunden sind. Ferner kann man die These aufstellen, die einschlägige Rechtsprechung wolle verhindern, dass das Preis-Leistungs-Verhältnis von Arbeit und Lohn in arbeitsmarktschädigender Weise verwirrt wird, wenn ein Arbeitnehmer manchmal quasi Zusatzarbeitslohn kassiert.

Verwaltetes Privatrecht und Staatsinterventionismus

Auch wenn der Terminus inzwischen ein wenig ungeläufig erscheint, so sei auf „Verwaltetes Privatrecht“ als geeignete Beschreibung der Hauptlinie des derzeitigen Privatrechts verwiesen. Während im öffentlichen Recht gleichzeitig die zunehmende Privatisierung von Staatsaufgaben bis hin zur Einrichtung von Privat-Gefängnissen diskutiert und praktiziert wird, wird das Privatrecht kleinteilig bis hin zur Gestaltung wesentlicher Fragen des Schuldrechts in der BGB-InfoV reformiert. In der Form der Verordnung liest man zur Pauschalreise:

> *§ 4 Abs. 2 Satz 1 BGB-InfoV.: Die in dem Prospekt enthaltenen Angaben sind für den Resieveranstalter bindend.*

In Gefolge der „sozialen Marktwirtschaft“ der 50iger und 60iger Jahre ist ein allgegenwärtiges Ausdifferenzieren von Entscheidungen mit wechselndem Bezug zu Subprinzipien an diese Stelle der klassischen Privatautonomie getreten.

Noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und erst recht in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhundert wurde Recht immer stärker verstanden als Instrument zur Erledigung gesellschaftlicher Aufgaben unterhalb der Größenordnung, die durch politische Entscheidungen bearbeitet wurden. Von daher ist die Redeweise „Verwaltetes Privatrecht“ durchaus präzis, weil das Arbeitsteilungsprinzip von Politik/Verwaltung in die anderen Rechtsbereiche ausgedehnt wurde.

Instruktiv ist zum Beispiel das reale Aufkommen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das Umgehen der Justiz damit. Es darf nicht verwundern, dass allen voran die zivilrechtlich orientierten Juristen in Gerichtsentscheidungen und juristischer Literatur eine durchgängige Kontinuität zwischen den Reichsgerichtsentscheidungen der Kaiserzeit, der Weimarer Zeit, der NS-Zeit bis hin zur Bundesrepublik sahen. In dieser Kontinuität wurden Themen wie Allgemeine Geschäftsbedingungen

mit wechselnden politischen Leitsternen behandelt. In der NS-Zeit gibt es Formulierungen, die den Diskurs über Allgemeine Geschäftsbedingungen anzuschließen suchen an das Prinzip des Führerstaates. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen selbstgesetztes Recht der Wirtschaft. In der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland versuchte man im wesentlichen durch die Formel „Sittenwidrigkeit" das unpolitische, aber wertende Privatrecht zu behaupten, das in das Selbstbild der Gesellschaft der Adenauer-Ära passte. Eine grosse Steuerungswirkung hatten aber die politischen Oberbegriffe nicht. Das verschärft sich in der Gegenwart. Nach den Umbrüchen der späten 60iger und frühen 70iger Jahre war die Masse der Ausdifferenzierungen wesentlich größer geworden und das Bild einer Verwaltung von sozialen Problemen deutlicher. In dieser Zeit wurde Verbraucherschutz auch als Rechtsprinzip entdeckt. Genauso wenig wie die Prinzipien anderer Zeiten aber sind die Einzelentscheidungen, die noch heute in den §§ 308, 309 BGB in seitenlangen Katalogen von Einzelproblemen nachlesbar sind, aus einem Begriff des Verbraucherschutzes deduziert worden. Dieser ist bis heute nicht mit der Klarheit entwickelt, den Juristenarbeit für juristische Begriffe am Ende des 19. Jahrhundert und am Anfang des 20. Jahrhundert reklamierte. Die Lehrbücher des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Rechts, die weitgehend in jenem Selbstbild der Juristerei verharren, beschreiben die Details der gesetzlichen Regelungen von Verbraucherrecht, aber nennen kein Prinzip, das neuauftretende Probleme vorweg lösen könnte. Es verbleibt also beim Bild einer Verwaltung, die sich in wechselnden Formen um das kümmert, was jeweils ansteht. Der Verbraucherschutz gegenüber Missbrauch von Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde bis zur Mitte der 70iger Jahre als Richterrecht in Fallketten entwickelt, die an eine individualistische und nach Moral klingende Leerformel anschlossen: Sittenwidrigkeit. Danach wurde dieser Verbraucherschutz in einem „Nebengesetz" zum Bürgerlichen Gesetzbuch betrieben. Nachdem die Wichtigkeit immer weiter erkannt wurde und die Europäische Union das Thema weiter voran gebracht hat, hat eine sozialdemokratische Justizministerin die Aufnahme der Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen in das Bürgerliche Gesetzbuch gegen konservative Widerstände durchgesetzt. Die Entwicklung des Regelapparates, mit dem die Juristen Tag für Tag arbeiten, ist also in drei grundsätzlich unterschiedlichen institutionellen Formen geschehen. Ob nun aber das Richterbild als Entscheider von Individualkonflikten beschworen wurde oder die Trennung von Staat und Gesellschaft, die zur Reinhaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches führte, oder ob dem Parlament als Transformator gesellschaftlicher in juristischer Probleme die politische Kompetenz dazu zugeschrieben wurde – die Juristenschaft entwickelte die Masse der Detailregeln für ihre AGB-Alltagsprobleme selbst.

Gesteigerter Staatsinterventionismus in der Moderne

Für die letzten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts ist allerdings in der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung eine Verschiebung im Verhältnis von Gesellschaft und Recht zu konstatieren. Die Trennung von Staat und Gesellschaft wird zunehmend aufgehoben durch die Vorstellung, der Staat müsse im Falle gesellschaftlicher Probleme intervenieren, um dem Sozialsystem Dauer und Fortschritt zu geben. So sehr die Sonntagsreden auch anders klangen, in der Realität haben die Wirtschaftsminister der Bundesrepublik Deutschland von Ludwig Erhard an immer aktive Wirtschaftspolitik getrieben und sie haben nicht die Wirtschaft als Phänomen der privaten Sphäre sich selbst überlassen. Allerdings muss man zugeben, dass gerade in der Gegenüberstellung zu der sozialistischen Planwirtschaft der DDR immer deutlich geblieben ist, dass nicht durchgängige Regulierung, sondern einzelne Interventionen das Konzept wahren. Davon ist das Recht im Verhältnis zur Gesellschaft nicht unberührt geblieben. Die Justiz hat unter Beifall der Juristenschaft die Gewaltenteilung zunehmend als Arbeitsteilung interpretiert. Das ist unzählige Male durchdiskutiert worden für die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ab den späten 50iger Jahren. Hier wurde Richterrecht gesetzt, obwohl der § 253 BGB vom 1. 1. 1900 sehr klar entgegen stand. In der Öffentlichkeit und in der Juristenschaft wurde die technische Möglichkeit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Menschen in schlimmer Weise zu verletzen als ein neues und drängendes Problem empfunden. Als zunehmend klar wurde, dass die entsprechende Lobbyarbeit im Parlament eine Lösung des Problems durch den Gesetzgeber verhinderte, war dies das entscheidende Argument für die Befürworter einer richterrechtlichen Entwicklung des sanktionierenden Quasi-Schmerzensgeldes, das bis heute ein wichtiges Datum innerhalb der privaten und politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland ist. In der Entwicklung dieses Quasi-Schmerzensgeldes wurde auch vor Ende des 20. Jahrhunderts sehr deutlich versucht in der Form richterrechtlicher Fallketten gesamtgesellschaftliche relevante Probleme zu lösen. Mit der massiven Erhöhung des Quasi-Schmerzensgeldes in der „Caroline-Entscheidung" hat der Bundesgerichtshof den Präventionscharakter der Sanktion klar gemacht. Hier agiert nicht der Salomon, dem ein vergangenes Ereignis präsentiert wird, sondern hier gestaltet eine politische Institution Richterschaft die Zukunft so, wie es das Parlament als Gesetzgeber auch hätte tun können (und müssen!).

Damit nicht der Eindruck entsteht, es gehe doch um einzelnes, sei allen mehrere Beispiele interventionistischer Spezial-Problemlösungen genannt.

Ein Beispiel ist der bizarre Satz, dass Eintrittsgelder sittenwidrig sind. Dahinter stand Folgendes: Große Supermärkte ließen sich Geldbeträge dafür zahlen, dass sie die Produkte kleinere Produzenten in ihre Regale aufnahmen. Diese Zahlungen nennt man Eintrittsgeld. Das ist nach der Rechtsprechung sittenwidrig, wobei wohl Mittelständische, Produktive geschützt werden sollen, denen man auch besondere Fähigkeiten in der Fortentwicklung von exportträchtigen Technologien zutraut. Ein justitiabler Wert ist Mittelstandschutz ist aber nicht, und so sieht die Begründung ganz anders aus *(Nachweise bei Siebeneck BB 1979, 1475)*. Auf der Textebene wurde die Sittenwidrigkeit damit begründet, dass der Handel eine Pflicht habe, seinerseits nach den besten Produkten so fahnden, die er dann dem Verbraucher anbietet, und dass diese Funktion des Handels nicht durch schmiergeldhafte Zahlungen gestört werden dürfe. Dass das nicht die Realität moderner Marketingformen trifft, ist klar, aber mit der interventionistischen Grundströmung in der Rechtsprechung ist auch als ständiges Begründungsproblem mit der Frage verbunden, wie man bei Geltung des Gleichheitssatzes gruppenbezogenen Schutz betreiben kann.

Auch Versatzstücke aus der klassisch-liberalen Vorstellungswelt können verfremdet einbezogen werden. Wenn ein Unternehmen sich allseits finanziert, konkurriert häufig die Sicherung Bankkredit mit der Sicherung des Warenlieferantenkredits. Hier haben die Banken lange versucht, sich mit verlängerten Globalzessionen uam für den Konfliktfall die stärkere Position zu sichern. Die Rechtsprechung hat dies mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit belegt *(MüKo § 138 Rn. 89-93)*, weil dadurch die Kreditnehmer gedrängt würden, mit Lieferanten Verträge abzuschließen, in denen irrreale Kreditsicherungen für den Warenlieferanten vorgetäuscht würden. Die Verhinderung von Betrug schützt die Vertragsfreiheit und ist klassisches liberales Privatrecht. Als Argument für das hier zu lösende Problem ist der Gedanke aber nicht überzeugungskräftig, da es um ein Nullsummenspiel ging, dessen Spielregeln allen Beteiligten bekannt war. Täuschen kann man nur jemand, der keine Ahnung hat und sich auch nicht informiert. Diesen Zustand bei den Warenlieferanten zu stabilisieren konnte auch nicht Sinn der Sache sein. In einer Jurisprudenz, die weitgehenden Argumentationsstandards des ausgehenden 19. Jahrhunderts verpflichtet ist, kann man keine explizite Wirtschaftspolitik für Branchen und Gruppen treiben.

Gesellschaftsgestaltendes und politisches Recht

Mit dem Staatsinterventionismus ist eine spezifische Gefahr für die Rechtsprechung verbunden: Wenn man sich daran gewöhnt, Einzelprobleme in relativer Abkopplung von gesellschaftlichen Konsensen und parlamentarischen politischen Aktionen zu betreiben, dann unterläuft leicht auch die Wahrnehmung von rein politischen Problemen, die dann nach eigenen rein politischen Maßstäben gelöst werden. Als Beispiel dafür kann der Borax-Fall stehen. Der BGH hatte 1960 einen Fall zu entscheiden, in dem es um den Verkauf von Borax aus den USA entgegen den dort geltenden Embargo-Bestimmungen in DDR ging. Die Embargo-Bestimmungen galten nach Völkerrecht nur in den USA, und ob Borax wirklich ein Rüstungsgut war, wie die Embargo-Bestimmung suggeriert, wurde in den deutschen Gerichtsinstanzen nicht überprüft. Der BGH entschied, dass der Verkauf von Borax in DDR, dem keine bundesrepublikanischen Normen entgegenstanden, sittenwidrig sei. Man lese:

> *„Der Sittenverstoß kann nämlich auch in dem Verhalten gegenüber der Allgemeinheit, besonders in einem Verstoß gegen die Belange der Gemeinschaft liegen. Unstreitig sollten sich die amerikanischen Embargo-Bestimmungen verhindern, dass mit westlichen Wirtschafsgütern das Kriegspotenzial des Ostens vermehrt würde; die Embargo-Bestimmungen sollten daher der Aufrechterhaltung des Friedens und der freiheitlichen Ordnung des Westens dienen. Die Maßnahmen lagen daher nicht nur im amerikanischen Interesse, sondern im Interesse des gesamten freiheitlichen Westens und damit auch im Interesse der Bundesrepublik Deutschland. Die Embargo-Bestimmungen dienten daher lebenswichtigen Belangen der Allgemeinheit.“ (BGHZ 34, 177 f.).*

Ebenso wurde fremdes Recht in der Form des § 138 Abs. 1 BGB durchgesetzt, als es um die Zahlung für Kunstgegenstände ging, die aus Nigeria entgegen den nigeranischen Bestimmungen zum Schutze nationaler Kultur ausgeführt worden waren; hier war die Durchsetzung nicht-deutschen Rechts in Deutschland nicht nur eine noble Geste, sondern getragen von der weltweiten Akzeptanz des Satzes, dass der Kunsthandel nicht zu einer post-kolonialistischen Ausbeutung der Kunstmärkte von Entwicklungsländern führen dürfe. Für zentrale Bereiche des wirtschaftlichen Geschehens wird allerdings eine entgegengesetzte Sichtweise durchgesetzt. Dafür steht der Fall „An unseren

Bremsklötzen klebt das Blut der Südkoreaner“ *(BGH IPrax 1981, S. 20)*. Ein deutscher Asbestverarbeiter hatte versucht gegen einen Konkurrenten vorzugehen, der südkoreanische Billigprodukte auf dem Markt brachte. Diese wurden unter Bedingungen hergestellt, die die Arbeitnehmer nach dem Bericht des Klägers sehr stark der Gefahr tödlicher Asbesthose aussetzt. Der BGH meinte in seiner systemimmanenten Entscheidung sinngemäß, für die Arbeitnehmer eines Entwicklungslandes könne und brauche man nichts zu tun und bezeichnete die Einfuhr solcher Produkte im Ergebnis nicht als unlauter. *(zur Diskussion vgl. Rolf Knieper/ Hartmut Fromm NJW 1980, 2020 und Leo Katzenberger IPrax 1981, S. 7)*.

Die staatsinterventionistische Praxis der deutschen Gerichte hat sich fortgesetzt in der Entwicklung von Richterrecht, das mit Blick auf die Entwicklung des Sozialstaates interpretiert werden muss. Dafür nur ein Beispiel: Durch politische Großentscheidung im Parlament wurde in den 70iger Jahren durchgesetzt, dass Scheidungsverfahren wesentlich konfliktärmer als bis dahin gestaltet wurden. Auf dieser Linie lag es, im großen Umfang auf Vergleiche in Prozessen zu setzen und diese höchsten durch Justiz intern erarbeitete Tabellen (allen voran die Düsseldorfer Tabelle) zu strukturieren. Damit verbunden war die Entwicklung eines Anschlussproblems: Es kommt sehr häufig vor, dass in der klassischen Scheidungssituation des lohnarbeitenden Mannes und der Hausfrau und Mutter die letztere auf Unterhalt verzichtet, obwohl ihre ökonomische Situation keine oder keine zuverlässige Versorgung für die Zukunft hergibt. Ihr wird auch wieder mit Sittenwidrigkeit oder dem Topos des Verbots eines Vertrags zu Lasten Dritter argumentiert und im Effekt die leere Kasse des Sozialstaates gegen noch weitere Ansprüche verteidigt. Ein Vertrag, der kausal dafür werden kann, dass eine Person die Tatbestandsmerkmale der Sozialhilfe erfüllt, ist unwirksam *(Nachweise zB Palandt 64. a. § 138 Rz 47)*. Der Gesetzgeber hätte sich schwer getan, die Fülle der denkbaren Fallkonstellationen in ein einziges Verbotsgesetz einzufangen. Obwohl es sich über die Jahre hinweg um viele Tausende von Fällen handelt, die die Sozialhilfekassen mit beträchtlichen Summen belasten, war nicht zu erwarten, dass politische Entscheidungen im sensiblen Gebiet des Scheidungsrechts eingriffen. Die Rechtsprechung hat den Zeitgeist der Hartz-IV-Gesetze in diesem Bereich, der scheinbar von ihr „unpolitisch“ geregelt wird, vorweggenommen.

Die Lehren für die Zukunft?

Es wäre ein spannendes Thema, zu überlegen, welche anderen Probleme so neu sind und so heiße Eisen sind, dass nicht das Parlament und andere politische Instanzen, sondern die scheinbar unpolitische Rechtsprechung im direkten Rückgriff auf sich bildende gesellschaftliche Konsense entscheidet. Nur als Beispiel ein Kandidat für solche Überlegungen: Das Bundessozialgericht entschied, dass das deutsche Gesundheitssystem nicht für die Einpflanzung einer Niere bei einem kranken Deutschen zahlt, wenn das transplantierte Organe von einem gesunden Inder stammt, der durch die materielle Notlage sich zum Verkauf seiner Niere gedrängt fühlte *(BSG NJW 1997, 3114).* Man wird diesen Fall unter Gesichtspunkten wie Globalisierung, Nord-Süd-Gefälle, Post-Kolonialismus diskutieren können.

Insgesamt verstärkt das Beispiel die These des Abschnitts: Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft ist in weiten Teilen durch eine zweigeteilte Aussage zu beschreiben. Abstrakt gesehen vollzieht Recht gesellschaftliche Verhältnisse nach, affirmiert sie, stabilisiert sie; diese gesellschaftlichen Verhältnisse sind aber nicht mit den Eigenschaften eines einzigen Entwicklungszustandes zu beschreiben, sondern die reale Gesellschaft enthält eine Gemengelage von archaischen Tabus, feudalen Restbeständen, vorherrschenden kapitalistischen Zuständen aller Nuancierungen und vielleicht auch Vorboten einer kommenden Weltgesellschaft. Das bedeutet, dass jeder einzelne Rechtssatz in seinen Bezug zur gesellschaftlichen Realität jeweils gesondert analysiert werden muss.

Kap. 5

Recht als Form der Herrschaft und der Vorgang der Verrechtlichung

Herrschaft als Gegenstand der Rechtssoziologie und das Konzept der Darstellung

Wenn man den Zusammenhang mit einer öffentlichen Diskussion, mit dem was andere Bürger denken und sagen, nicht verlieren will, dann ist der Sachverhalt Herrschaft ein wichtiger Gegenstand der Rechtssoziologie.

Mit diesem letzten Satz ist allerdings auch gesagt, dass Recht Herrschaft ist. Dass diese Banalität so deutlich gesagt werden muss, hat seine Ursache in der falschen Ausblendung von Herrschaftsfragen in der Juristenausbildung. Diese wiederum hat ihre Ursache in der Vorherrschaft des Zivilrechts in der Juristenausbildung und der daraus erwachsenen Selbstwahrnehmung der Juristenschaft und der Vorherrschaft der juristischen Dogmatik in eben diesem Zivilrecht. Die Studierenden der Rechtswissenschaft sind wohl beraten, vor ihrem Examina die Probleme des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses zu studieren; die Frage danach, ob die Eigentümer über die Besitzer herrschen, ist eine Frage aus einer anderen Welt. Es verschlägt wenig, auf die Tradition hinzuweisen, in der die Justizia ein Schwert schlagbereit in der Hand hält. In einer gängigen Redeweise wird dazu erklärt, dass die Justiz nur für ihre eigenen Zwecke, also zum Zwecke der Durchsetzung von Gerechtigkeit, ein Schwert habe. Justizia ist demnach eine Einzelkämpferin. Dass dieses Bild falsch ist, ist klar, seitdem sich die Idee der Gewaltenteilung für das politische Deutschland durchgesetzt hat.

Dass die Gewaltenteilung keine Teilung sondern eine Gewaltenkooperation ist, zeigt das positive Recht ganz schlicht. In diesem positiven Recht ist der Kernpunkt der unpolitisch empfundenen und herrschaftsfrei gedachten Dogmatik das Vertragsrecht und der vertragsrechtliche Fall. In der Ausbildung und weithin auch in der Justiz wird so getan, als sei ein Problem zwischen Bürgern gelöst, wenn man eine vertragsrechtliche dogmatische Frage gelöst hat und in ein richterliches Urteil umgesetzt hat. Aber was ist, wenn der eine Bürger, der z. B. als Besitzer die Sache an den Eigentümer herausgeben muss, dies schlicht nicht tut? Auf der Basis des rechtskräftigen Urteils (übrigens: mag dieses nun juristisch-dogmatisch richtig oder mag es auch falsch sein!) tritt ein Gerichtsvollzieher in Aktion. Und was ist, wenn der Besitzer einen Besitz mit klassischen bürgerlichen Mitteln verteidigt, nämlich ihn in seinem Haus mit Schlössern einschließt? Der Gerichtsvollzieher kann die Schlösser aufbrechen! Und was ist, wenn jener Besitzer immer noch weiter Widerstand leistet und sich dem Urteil des Zivilrichters nicht beugen will? Dann nimmt der Gerichtsvollzieher die Hilfe der Polizei in Anspruch!

> *§ 758 ZPO: Der Gerichtsvollzieher … ist zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen.*

Es kommt also dieselbe Institution zum Einsatz, die für das Verhaften von Straßenräubern und für das Auflösen verbotener Demonstrationen zuständig ist. Nur: In keiner Fallsammlung wird das je erwähnt!
Es gibt eine Fülle von wissenschaftlichen Diskussionen zu diesen großen Themen Recht und Gewalt. Wie auch sonst bei großen Themen, stehen die wichtigen Theorieansätze unverbunden nebeneinander. Es sind Paradigmen im Sinne von Thomas Kuhn *(s. Thomas Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 15. Auflage Frankfurt 1999).*
Sie können hier in einem Abschnitt nicht aufgearbeitet werden. Es kann nur anfangs klargemacht werden, dass die ungelösten Grundprobleme bis in die heutige Rechtssprechung hereinreichen. Danach kann man eine für das Verständnis der Justiz wichtige Analyse vorführen. Im ferneren muss man einige Stichworte ansprechen, die für die Kommunikation unter Juristen wichtig sind.

Ein juristisches Bezugsproblem: Die Grenzziehung Recht/Politik im Kosovokrieg

Nun kann man mit guten Gründen sagen, dass die Fragen der Herrschaft wissenschaftsdisziplinär der Rechtspolitologie und nicht der Rechtssoziologie zuzurechnen sind. Interessant sind die betrachteten Phänomene und nicht die Disziplinen. Allerdings lässt sich ein Großthema wie Herrschaft nicht ohne weiteres in den vorliegenden Text integrieren. Deshalb sei an dieser Stelle ein Kompromiss eingeschaltet. Zu nennen ist ein juristisches Bezugsproblem, das in der juristischen Öffentlichkeit nicht ausdiskutiert ist, aber geeignet ist, sich gegenläufige Analysemuster klar zu machen.
Dieses juristische Bezugsproblem sind die Entscheidungen deutscher Gerichte zu Schadensersatzzahlungen an solche Bürger des damaligen Jugoslawiens, die im sog. Kosovo-Krieg Schäden erlitten haben. In diesem Krieg wurde die amtierende Regierung Jugoslawiens durch eine Bombardierung durch die gemeinsam geführte und gemeinsam agierende Nato-Luftwaffe soweit

destabilisiert, dass sie einen kampflosen Einmarsch von Bodengruppen in den Kosovo zustimmte; diese Bombardierungen waren weder nach ihrem Plan noch nach ihrer Praxis auf militärische Ziele zu begrenzen und es war von vornherein klar, dass die einschlägigen Befehle des Bundesverteidigungsministers auch die Tötung, Verletzung und Schädigung von Personen bewirken würden, die bis dahin keinerlei Einfluss auf Untaten im Kosovo gehabt hatten und keinesfalls etwa durch die Bombardierung an Untaten im Kosovo gehindert werden würden. Ein typischer Sachverhalt, wie er in der Klageschrift beschrieben wird:

> *Die Stadt Varvarin wird auf ihrer östlichen Seite durch einen in süd-nördlicher Richtung fließenden kleinen Fluß, die Morawa begrenzt. In West-Ost-Richtung überspannte den Fluß eine Brücke…. Die Brücke hatte eine Spannweite von 180 m; ihre Fahrbahnbreite betrug 4,50 m zuzüglich eines Fußgängerweges von weiteren 1,50 m…*
> *Im Anschluss an den am 08.10.1998 von den Mitgliedstaaten der NATO gefassten Beschluss stimmte der Deutsche Bundestag durch Beschluss vom 16.10.1998 dem Antrag der Bundesregierung vom 12.10.1998 (BT-Drs. 13/11469) „dem Einsatz bewaffneter Streitkräfte entsprechend dem von der Bundesregierung am 12. Oktober 1998 beschlossenen deutschen Beitrag zu den von der NATO zur Abwendung einer humanitären Katastrophe im Kosovo-Konflikt geplanten, begrenzten und in Phasen durchzuführenden Luftoperationen für die von den NATO-Mitgliedsstaaten gebildeten Eingreiftruppe unter der Führung der NATO“ zu….*
>
> *In dem Zeitraum vom 24. März bis zum 10. Juni 1999 wurden unter Beteiligung deutscher Streitkräfte Luftoperationen in der Bundesrepublik Jugoslawien durchgeführt. Deutsche Flugzeuge waren an der Luftoperation „Allied Force“ mit sogenannten RECCE- und ECR-Tornados, die der Luftaufklärung und dem Begleitschutz dienten, beteiligt.*
>
> *Am Sonntag, den 30. Mai 1999, war auf der am stadtseitigen Brückenende weiterführenden Hauptstraße sowie den abzweigenden Nebenstraßen der Stadt Varvarin wie jeden Sonntag zwischen 8:00 und etwa 16:00 Uhr Markt. Dieser hatte an dem sonnigen Tag insgesamt 355 Marktstände registriert; hinzu kamen weitere Händler ohne Stand… Gegen Mittag befanden sich auf dem Kirchengelände und dem Markt etwa 3000 bis 3500 Menschen.*
> *Zu dieser Zeit griffen Kampfflugzeuge der NATO die Stadt Varvarin im Tiefflug an. Insgesamt vier Raketen wurden abgeschossen. …Die Druckwellen waren so stark, dass eine Vielzahl von Gebäuden im Umkreis der Brücke von mindestens 1 km beschädigt wurden…. Die Menschen konnten sehen, dass die Brücke zerstört war. Niemand rechnete damit, dass die Kampfflugzeuge noch einen zweiten Angriff fliegen würden, denn die Brücke lag bereits völlig zerstört im Fluß. Dutzende von ihnen eilten zur Brücke, um Hilfe zu leisten. Als die Hilfeleistenden an der Brücke ankamen und gerade mit der Bergung der Opfer begonnen hatten bzw. beginnen wollten, kamen die Kampfflugzeuge der NATO zurück. In einer 2. Angriffswelle wurden nochmals zwei Raketen auf die schon nach der 1. Angriffswelle zerstörte Brücke abgefeuert. … Opfer dieser 2. Angriffswelle waren die Hilfeleistenden.*
>
> *(zitiert nach der Berufungsschrift der Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg, www.nato-tribunal.de, gelesen August 2005)*

Die beschriebenen Tötungen, Verletzungen und sonstigen Schädigungen sind in gemeinsamer Aktion der Alliierten unter Beteiligung bundesdeutscher Bomber und Piloten vorgenommen worden. Fraglich im Sinne juristischer Klausurtechnik kann nur sein, ob die Bundesrepublik Deutschland berechtigt war, sich an der Bombardierung jugoslawischer Kleinstädte zu beteiligen, oder ob es sonst einen Grund gibt, dass in diesem Fall die Bürger Jugoslawiens nicht erfolgreich klagen können. Dabei spielt sicher keine Rolle, dass die Anspruchsgrundlage § 839 und nicht § 823 Abs. 1 BGB ist. Im Sachverhalt sind juristisch Verletzungen von absolut geschützten Rechtsgütern und Rechten zu sehen. Völkerrechtlich war auch völlig klar, dass die Untaten und das Versagen der jugoslawischen Regierung unter Präsident Milosovic gegenüber Einwohnern einer Teilregion des Landes kein völkerrechtlich begründbares Recht gab, in einem unerklärten Krieg Bomben auf Zivilpersonen in anderen Regionen jenes Landes zu werfen. Die wirkliche Frage des Falles lautet: Gibt es einen ungeschriebenen Grundsatz im deutschen Recht, wonach die politische Entscheidung für den Kosovo-Krieg selbst und in ihren Folgen für Individuen einer rechtlichen Kontrolle entzogen ist. Man sollte nicht versuchen, sich an der Fragestellung vorbeizumogeln, in dem man konstruiert, die Tötung von Bürgern der Region Kosovo durch Soldaten der jugoslawischen Armee und der jugoslawischen Polizei sei irgendwie in Ausgleich zu bringen zu der Tötung von Bürgern in Regionen mit vorherrschend serbischer Sprache.

Auch eine Hilfe in einem Notfall hätte anders aussehen müssen für diejenigen, denen hier geholfen werden sollte. Das Zivilrecht gibt im Rechtsstaat Schadensersatz für Tötungen und für Verletzungen, aber die bisher ergangenen Gerichtsentscheidungen sind ganz offensichtlich im Hintergrund von dem Gefühl beherrscht, dass die Zivilrichter der Bundesrepublik nicht dazu berufen sind, Außenpolitik zu machen und über Krieg und Frieden zu entscheiden. Das LG Bonn hat in einer ersten Entscheidung *(LG Bonn 2004, 526)* gesagt:

> *Das deutsche Staatshaftungsrecht kommt in Fällen bewaffneter Konflikte nicht zur Anwendung. Es wird durch die Regelungen des internationalen Kriegsrechts überlagert. Bewaffnete Auseinandersetzungen sind nach wie vor (s. zur Beurteilung der Rechtslage für das Jahr 1944* BGH, *NJW 2003, 3488 [unter IV 2bb]) als völkerrechtlicher Ausnahmezustand anzusehen, der die im Frieden geltende Rechtsordnung weitgehend suspendiert.*

Eine besondere Fehlleistung ist der – argumentativ funktionslose – Rückverweis auf den Rechtszustand des Jahres 1944. Aber davon abgesehen: Mit den Gleichsetzungen Frieden/Rechtsstaat und Krieg/Ausnahmezustand ist das elementare Kernproblem bezeichnet. Ist die politische Entscheidung für den Einsatz der Waffen zugleich eine Außerkraftsetzung des bis dahin geltenden Rechtes?

Man sollte sich die Antwort nicht leicht machen, denn erstens ist eine Bejahung der Frage offenbar weltweite faktische und normative Praxis und zweitens sind die materiellen Folgen aktuell beträchtlich. Das Beispiel kann nicht ausdiskutiert werden, aber eine Interpretation erscheint zwingend: Die Existenz des positiven Rechtes mit seinen Tatbestandsmerkmalen (z. B. „Rechtsstaat" in Art. 28 GG) erübrigt nicht ein wissenschaftliches Nachdenken darüber, welche Funktion Gerichte und positiv in Gesetzblättern zu lesende Gesetze in unserem gesamtgesellschaftlichen Geschehen (inklusive Krieg) haben können. Gibt es „Politik" doch als Handlungsfeld, das quasi gleichberechtigt neben dem Handlungsfeld Rechtsstaat steht? Was ist im Rechtsstaat der materielle Unterschied zwischen Rechtsausübung und politischem Handeln?

Recht in der Sicht der Weber'schen Lehre von den Herrschaftsformen

In der Geschichte der deutschen Sozialwissenschaft gibt es eine klassische Analyse von Herrschaftsformen. Sie stammt von Max Weber und unterscheidet typologisch: Traditionale Herrschaft, charismatische Herrschaft, rationale Herrschaft. Diese Typenbildung meint natürlich nicht ausschließende Zuordnungsmöglichkeiten. Ganz sicher kann in einer sehr alten Demokratie wie den USA ein John F. Kennedy buchstäblich durch Charisma etwas bewirken, und ganz sicher hatte die dem Anspruch nach modernste, rationalste Staatsform in der entwickelten Sowjetunion immer noch Züge des zaristischen Russlands, in dem Traditionen aus urvordenklicher Zeit weiterlebten.
Die Typologie kann keine normativen Fragen wie den Schadensersatz nach der Bombardierung Serbien entscheiden, sondern nur eine allgemeinere Analyse der Differenz Recht/Politik leisten. Aber Max Webers Charakterisierung der rationalen Herrschaft interessiert auch, weil zu dieser Art von Rationalität die endpersönlichste Bürokratie gehört, die nun wiederum eine verblüffende Ähnlichkeit hat nicht nur mit dem klassischen Verständnis von Handeln von Beamten im Rechtsstaat, sondern auch mit den Selbstbild der deutschen Justiz. Daher sei dieser Klassiker ausführlich zitiert.

> *Es gibt drei reine Typen legitimer Herrschaft. Ihre Legitimitätsgeltung kann nämlich primär sein:*
>
> *1. rationalen Charakters: auf dem Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen und des Anweisungsrechts der durch sie zur Ausübung der Herrschaft Berufenen ruhen (legale Herrschaft), - oder*
>
> *2. traditionalen Charakters: auf dem Alltagsglauben an die Heiligkeit von jeher geltender Traditionen und die Legitimität der durch sie zur Autorität Berufenen ruhen (traditionale Herrschaft), - oder endlich*
>
> *3. charismatischen Charakters: auf der außeralltäglichen Hingabe an die Heiligkeit oder die Heldenkraft oder die Vorbildlichkeit einer Person und der durch sie offenbarten oder geschaffenen Ordnungen [ruhen] (charismatische Herrschaft).-…(Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, zitiert nach der Ausgabe Frankfurt/M 2005, S. 159)*

Max Weber setzt also in dieser Vorschau den rationalen Charakter der Herrschaft und seine Legalität gleich. Das wird später etwas genauer erläutert:

> *Die Grundkategorien der rationalen Herrschaft sind also*
>
> *1. ein kontinuierlicher regelgebundener Betrieb von Amtsgeschäften, innerhalb:*

2. einer Kompetenz (Zuständigkeit), welche bedeutet:

a) einen kraft Leistungsverteilung sachlich abgegrenzten Bereich von Leistungspflichten, -
b) mit Zuordnung der etwa dafür erforderlichen Befehlsgewalten und
c) mit fester Abgrenzung der eventuell zulässigen Zwangsmittel und der Voraussetzungen ihrer Anwendung.

3. das Prinzip der Amtshierarchie, d.h. die Ordnung fester Kontroll- und Aufsichtsbehörden für jede Behörde mit dem Recht der Berufung oder Beschwerde von den nachgeordneten an die vorgesetzten. Verschieden ist dabei die Frage geregelt, ob und wann die Beschwerdeinstanz die abzuändernde Anordnung selbst durch eine „richtige“ ersetzt oder dies dem ihr untergeordneten Amt, über welches Beschwerde geführt wird, aufträgt.

4. Die „Regeln“, nach denen verfahren wird, können

a) technische Regeln, -
b) Normen sein.Für deren Anwendung ist in beiden Fällen, zur vollen Rationalität, Fachschulung nötig. Normalerweise ist also zur Teilnahme am Verwaltungsstab eines Verbandes nur der nachweislich erfolgreich Fachgeschulte qualifiziert und darf nur ein solcher als Beamter angestellt werden. „Beamte“ bilden den typischen Verwaltungsstab rationaler Verbände…

5. Es gilt (im Rationalitätsfall) das Prinzip der vollen Trennung des Verwaltungsstabs von dem Verwaltungs- und Beschaffungsmitteln. Die Beamten, Angestellten, Arbeiter des Verwaltungsstabs sind nicht im Eigenbesitz der sachlichen Verwaltungs- und Beschaffungsmittel, sondern erhalten diese in Natural- oder Geldform geliefert und sind rechnungspflichtig. Es besteht das Prinzip der vollen Trennung des Amts- (Betriebs-) Vermögens (bzw. Kapitals) vom Privatvermögen (Haushalt) und der Amtsbetriebsstätte (Bureau) von der Wohnstätte.

6. Es fehlt im vollen Rationalitätsfall jede Appropriation (d.h. eigentumsähnliche Zuordnung, G. S.) der Amtsstelle an den Inhaber. Wo eine „Recht“ am „Amt“ konstituiert ist (wie z.B. bei Richtern…), dient sie der Sicherheit der reich sachliche („unabhängigen“) nur normgebundenen Arbeit, im seinem Amt.

7. Es gilt das Prinzip der Aktenmäßigkeit der Verwaltung, auch da, wo mündliche Erörterung tatsächlich Regel oder geradezu Vorschrift ist: zumindest die Vorerörterungen und Anträge und die abschließenden Entscheidungen, Verfügungen und Anordnungen aller Art sind schriftlich fixiert. Akten und kontinuierlicher Betrieb durch Beamte zusammen ergeben: das Büro als den Kernpunkt jedes modernen Verbandshandelns. (Weber aaO S. 161)

Die Justiz als Feld rationaler bürokratischer Herrschaft i.S. Max Webers

Es springt ins Auge, dass Max Webers Beschreibung mit großer Präzision das Selbstverständnis der Justiz nachzeichnet. Nur zur Vergewisserung seien einige Punkte angemerkt.
Die durchgängige Entpersönlichung wird immer dann sichtbar, wenn eine Person ausgetauscht wird. Der Richter, der ein (meist „abgesoffenes“) Referat übernimmt, übernimmt alle Prozesse in dem Zustand, den die Akten ausweisen. Jedenfalls im Massengeschäft der deutschen Justiz gibt es kein anderes Gedächtnis als die Akten.

Anders als im Alltag gibt es den Tatbestand der Verärgerung nicht. Der Richter, der in einen Fall schon viel Arbeit investiert hat und dann durch eine plötzlichen, faulen außergerichtlichen Vergleich der Anwälte seines Erfolgerlebnisses beraubt wird, hat keinen Ort der persönlichen Reaktion. Zu den Akten kann man vieles reichen, aber keine Dankesschreiben des Bürgers, der sich vom Richter gut behandelt fühlt.

Nach einigen Kämpfen hat sich die deutsche Justiz nicht von den Roben gelöst. Roben sind Pflicht, soweit die Öffentlichkeit zugegen ist. Sie demonstrieren augenfällig, dass der Mund, der die Worte des Gesetzes spricht, nicht irgendein Mitmensch ist. Interessant ist ein kleines Gedankenexperiment: Was passiert, wenn zu einem normalen zivilrechtlichen Gerichtstermin die beteiligten Bürger ohne Anwälte erscheinen, aber beide Roben tragen? Wahrscheinlich wird im Einzelfall der Richter die Sache mit Nonchalance zu überspielen versuchen, aber wenn das Robentragen sich zu einer breiteren Protestbewegung gegen die Volksferne der Justiz entwickelte, dann würde wohl mit einiger Sicherheit die Justiz die Nicht-Alltäglichkeiten ihres Arbeitens verteidigen und die Robe als Anmaßung der Richterrolle gegen den Missbrauch durch die Bürger verteidigen. Mit einiger Sicherheit würde dann der Rechtssatz geboren: Die Robe ist das Amt.

Am auffälligsten ist die Ritualformel: „Das Gericht zieht sich zu einer Beratung zurück."

Der zeitweilige Einsatz mehrerer Richter mildert die Entpersönlichung in keiner Weise. Das lässt sich zuerst für den Einsatz von Kollegialgerichten zeigen: Sie sprechen immer mit einer Stimme. Nur das Endergebnis zählt, die in der Abstimmung unterlegenen Richter sind für die Öffentlichkeit für den weiteren Verfahrensgang nicht existent. Es wird keine Minderheitenmeinung unterdrückt, sondern es spricht nur das Gericht in Amtsausübung. Ganz abwegig ist die Vorstellung, der in der Abstimmung unterlegene Richter könne der unterlegenen Zivilprozesspartei oder dem nach seiner Meinung zu Unrecht verurteilten Angeklagten nach dem Urteil Trost zusprechen und ihm sagen, wie gut seine Position nachvollziehbar gewesen sei.

Zwischen den Instanzen findet überhaupt keine Kommunikation statt. So kann man jedenfalls den Sachverhalt interpretieren, dass es eine Anrede selbst im Falle der deutlichsten Beauftragung nicht gibt. „Dabei wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass ..." Dem Richter, der „aufgehoben wird" kann die rabiate Entscheidung der nächsten Instanz die Karrierechancen vermasseln, aber es gibt keinen systematischen Ort, an dem institutionsinterne Streite ausgetragen werden könnten. Selbst in der Beamtenschaft des öffentlichen Dienstes, wie Max Weber in seinem Idealtyp erstrangig erstellen wollte, gibt es Remonstration und Anweisung. Der in der Hierarchie Untere kann den in der Hierarchie Oberen zum Nachdenken zwingen. In der Praxis wird der Verwaltungsbeamte, der sich mit Entschiedenheit zu einer abweichenden eigenen Meinung bekennt, viel seltener zur Übernahme der Institutionsmeinung gezwungen als der Richter einer unteren Instanz durch ein Aufheben des Urteils.

Die Paradoxien regelgeleiteten rechtlichen Handelns

Weil es so aussieht, als sei das Handeln der Justiz der klassische Fall des legalen, rationalen, regelgeleiteten Herrschens, sei deutlich hinzu gefügt: Regelgeleitetes Handeln hat seine Vorzüge, aber auch seine Kosten. Eine wertende Gleichsetzung „regelgeleitet = juristisch gut" wäre völlig voreilig. Auch das Gegenteil gilt natürlich nicht unbesehen, solange wir nicht lauter Salomone als Richter haben und nicht lauter Mütter, die Salomons Trick nicht vorzeitig durchschauen.

Das Grundproblem lässt sich an zwei Rechtsinstituten klar machen, die für das Familienrecht der letzten 50 Jahre wichtig geworden sind. Es gilt: Regelgeleitetes Handeln verliert den Zusammenhang mit den zugrunde liegenden Gerechtigkeitserwägungen und gesellschaftlich akzeptierten politischen Programmen; Normtexte, die situationsangemessen sein sollen, werden notwendig so unklar wie die Situation und lassen sich nicht auf einen operationalen Kreis von Sub-Regeln begrenzen

Exempel 1: Zugewinnausgleich:
Es handelt beim Zugewinnausgleich nach Ehescheidung sich um einen Normenkomplex, in dem in überdurchschnittlich klarer Weise Tatbestände und Rechtsfolgen mit Worten des Gesetzestextes beschrieben sind. Er entspricht insofern der Vorstellung von rationalen Recht im Sinne Max Webers.

Für die Scheidung gab es ein sozial konsensfähiges Grundprinzip, das lautete, dass beide Partner entsprechend ihrer Leistung am dazu gewonnenen Vermögen partizipieren sollen. Eine solche Regelung stand allerdings als Gesetzestext nie zur Debatte und das hatte seinen Grund. Gewählt wurde stattdessen ein System mehrfacher Pauschalierung. Der Anfangswert der Vermögen der Ehepartner wird mit Null-Euro vermutet und diese Vermutung ist häufig nur schwierig zu widerlegen. Das Dazugewonnene wird schlicht halbiert, wobei mehrere Probleme übergangen werden: Der unterschiedlichen Position der Ehegatten in jeweiliger Lohnarbeit wird nicht nachgegangen, ebenso wenig wie dem unterschiedlichen Marktwert von Lohnarbeit und Hausarbeit und eben so wenig wie der unterschiedliche Zeiteinsatz Beachtung findet. Noch seltener wird in der juristischen Literatur diskutiert, dass die unterschiedlichen Konsumanteile keine Berücksichtigung finden. Man könnte noch mehr aufzählen. Man kann diese Pauschalierungen nicht durch konsensfähige detaillierende Grundsätze erklären. So ist es zB keineswegs allgemein gesellschaftlich anerkannt, das Hausarbeit und Lohnarbeit prinzipiell gleichrangige Beiträge zum familiären Unterhalt sind. Bedauert wird in vielen öffentlichen Stellungnahmen die Mühsal der Frau, die viele Kinder zu erziehen hat; das führt aber nicht zu einem höheren Zugewinnausgleich. Noch weniger leistungsorientiert ist der Zugewinnausgleich bei der normalen i. S. v. statistisch vorherrschender Beendigung der Ehe, nämlich bei Tod eines Ehegatten. Die familienrechtliche Norm sieht vor, dass der Ausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch ein Viertel verwirklicht wird. Der Gesetzestext, der dieses einen Zugewinnausgleich nennt, ist schlicht verlogen *(ähnlich deutlich zB Rainer Frank, Erbrecht, München 2000, § 1 Rz 35 a.E.).* Es kommt überhaupt nicht darauf an, ob ein Zugewinn in der Ehezeit gemacht worden ist. In die besagte Erhöhung um ein Viertel fällt auch das Erbe, dass der nun Verstorbene von einem seiner Familienangehörigen bekommen hat. Während der Zugewinnausgleichsanspruch für den Scheidungsfall in dieser Frage noch leidlich konsequent gestaltet ist (§ 1374 Abs. 2 BGB) wird

hier in doppelter Inkonsequenz der leistungslose Erwerb des einen an den anderen weiter gegeben und damit Familienvermögen des Verstorbenen verschoben. Das alles zeigt, wohin man kommt, wenn man einigermaßen klare Normen schaffen will, der richtige oder falsche Anwendung auch der Bürger nachvollziehen kann. Die Opfer dieses Normenapparates mögen Gerechtigkeit wollen, sie bekommen Rechtsstaat. Begreift man die Einführung des Zugewinnausgleichs im Jahre 1957 als Verwirklichung der realen Gleichstellung von Frauen und Männern, dann kann man vermuten (mehr nicht!), dass dieses Ziel häufig erreicht worden ist. Für den einzelnen Bürger aber kann die Anwendung der Regel nicht Gerechtigkeit oder sonst Übereinstimmung mit akzeptierten Prinzipien sichern. Eine korrigierende Billigkeitsrechtsprechung ist hauptsächlich für den Fall der Gütertrennung entwickelt worden und hat jedenfalls für Zugewinnkonflikte nicht die Standards der Regelanwendung erreicht.

Exempel 2 Kindeswohl:
Das Tatbestandsmerkmal „Kindeswohl" hat in der deutschen wie in der weltweiten Rechtsentwicklung einen kometenhaften Aufstieg vollzogen. Niemand würde heute noch auf den Gedanken kommen, ein Familienrecht könne vorsehen, dass nach der Scheidung die männlichen Kinder in den Bereich einer väterlichen Sorge fallen, während die weiblichen Kinder einer mütterlichen Sorge unterworfen werden. Das Beispiel übertreibt, aber sehr viel anders war das Familienrecht vom 1. 1. 1900 im BGB nicht. Die These lautet, dass eine Norm, in der „Kindeswohl" zentrales Tatbestandsmerkmal ist, nicht die Probleme löst, die mit Normtexten, Tatbeständen und Rechtsfolgen, gelöst werden sollen.
Dazu ein Beispiel: Wenn in einem „ganz normalen" Scheidungsverfahren eine Frau mit zwei Kindern von vier und sieben Jahren sich einem neuen Partner zuwendet und daraufhin mit ihm zusammenlebt, dann gibt es eine große Menge möglicher Kriterien für die Verteilung der elterlichen Sorge. Das Spektrum reicht von der finanziellen Versorgung über die Bewältigung von Schulproblemen bis hin zur positiven Einwirkung eines stabilen, zuwendungsorientierten Familienlebens auf den ganzen ferneren Lebensweg der Kinder. Die Prognose hinsichtlich der weiteren Entwicklung der Kinder ist nicht nur in einem technischen-handwerklichen Sinne von Wissenschaft schwierig. Diese Prognose ist nämlich nicht durch den Einsatz besserer Instrumente und besserer Prognostiker lösbar. In Wahrheit sind die Geschehensabläufe unbekannt. Vater wie Mutter können neue stabile und positiv zu bewertende Partnerschaften eingehen, und was daraus für die Kinder entsteht, ist unabsehbar. Es gilt fernerhin sogar, dass die Chance neuer Partnerschaften mit der Entscheidung über die Verteilung der elterlichen Sorge in einer nicht voraussehbaren Weise verquickt ist. Die Lage wird ganz zutreffend durch den Stoßseufzer eines Praktikers beschrieben: „Man müsste Hellseher sein!" *(vgl. Spiros Simitis, u.a.: Kindeswohl – eine empirische Untersuchung der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, Frankfurt 1980, S. 336)*. Alle stimmen darin überein, dass Kindeswohl das moderne und gerechte Rechtsprinzip ist, aber was es als Gesetzestext bedeutet, ist unklar. In der familienrechtlichen Diskussion wird auf diese Schwierigkeit ein Stück weit dadurch Bedacht genommen, dass zunehmend „Kindeswohl" inhaltlich ausgefüllt wird durch Sub-Normen, die man Maxime nennen kann. Ob sie fallweise zum Zuge kommen, ist dem Richter nicht vorgegeben und auch nicht im Nachhinein kontrollierbar. Solche Maximen, wie Kindeswohl verwirklichen, lauten: „Möglichst schnell!", „möglichst viele beteiligen!" und „möglichst viele Informationsquellen nutzen!". Die Anwendung solcher Maximen wird gespeist durch ein ganz besonderes prozessrechtliches Instrument: Die Kindesanhörung nach § 50 b FGG. Bei dieser verschafft sich der Richter einen persönlichen Eindruck von dem Kind, um das es geht. Herkömmliche prozessuale Rollen sind dadurch nicht zuweisbar. Das Kind ist nicht Partei und nicht Zeuge, und was der Richter aus den Äußerungen des Kindes an Konsequenzen zieht und welche Initiativen in der Gesprächssituation ergreift, sind völlig offen. Es ist auch ziemlich klar, dass kein Protokoll der Kindesanhörung einen Transfer von Wissen über das Kind leisten kann; wenn ein neuer Richter das Dezernat übernimmt, dann müsste er eigentlich von neuem sich den persönlichen Eindruck verschaffen, den die Anhörung bietet. Im Kernbereich reproduktiven Geschehens gibt es keine steuernden und diesem Sinne rationalen Regeln. Die zukunftsorientierte Kindeswohl-Entscheidung ist letztlich genauso unsicher wie es eine vergangenheitsorientierte Entscheidung über den Zugewinn nach der Lebensleistung der beteiligten Ehepartner sein müsste.

Als vorläufiges Ergebnis der Überlegungen zu Zugewinnausgleich und Kindeswohl ist jedenfalls festzuhalten, dass der Idealtypus der legalen, rationalen Herrschaft nicht flächendeckend und problemlos gleichgesetzt werden kann mit justitiellen Handlungsformen.

Die soziologische Deutung in den Kategorien Konditionalprogramm/Finalprogramm

An dieser Stelle sind zwei Konzepte aus der soziologischen Diskussion zu erwähnen, weil sie als Problemkennzeichnungen dienen können und als solche in einigem Umfang bis in diese Fach-Umgangssprache der Juristen Eingang gefunden haben. Wie unterscheidet sich Recht von Politik, sei es Innen – sei es Aussenpolitk?

In den Texten Niklas Luhmanns findet sich häufig das Begriffspaar Konditionalprogramm/Finalprogramm. Danach ist das Rechtssystem gekennzeichnet durch Programme, die nach der Art klassischer Tatbestände handhabbare Sachverhaltsbeschreibungen abfragen und für das Zusammentreffen bestimmter Voraussetzungen Konsequenzen vorsehen. Der Zweck und das eigentliche Ergebnis müssen nicht genannt werden. *(s. z.B. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M 1993, S. 195 ff).*

Das leuchtet am Beispiel des Zugewinnausgleichs ein. Wem sollte es nützen, wenn man in das Familienrecht des BGB hineinschriebe, die Rechtsinstitution Zugewinnausgleich habe die reale Gleichstellung der Frauen zu verwirklichen, namentlich im Hinblick auf die Realität der benachteiligten Hausfrauen. Ebenso leuchtet ein, dass die Regel über die Zuteilung der elterlichen Sorge nach einer Scheidung nicht – ich karikiere – so gefasst werden können: „Die richterliche Entscheidung muss das Ziel erreichen, den Kindern glückliche Kindheiten zu verschaffen und sie zu tüchtigen Staatsbürgern heranwachsen zu lassen!“

Zur Kritik der Luhmannschen Gegenüberstellung wird man sagen müssen, dass die Schärfe der Gegenüberstellung in der Entwicklung eines Theoriekonzeptes gerechtfertigt sein mag, aber dass man in einer Wirklichkeit zugewendeten feineren Ausarbeitung der Theorie zu gradualisierten Konzepten kommt. Man findet die eben genannte Karikatur der Norm nicht im BGB, aber Normen mit dem Zentraltatbestandsmerkmal „Kindeswohl“ entsprechen doch ziemlich Finalprogrammen. Wenn man eine Theorie des Rechtssystems entwirft, in dem solche Normen im System nicht vorkommen können, dann verfehlt man jedenfalls die Möglichkeit mit jener Richterschaft in einen rechtstheoretischen Diskurs einzutreten, deren tägliches Problem die Bearbeitung von Kindeswohlfragen ist. Man kann das für richtig halten, wie Luhmann dies wahrscheinlich in aller Konsequenz getan hätte, aber so konsequent sind aktuell wohl wenige Vertreter der Systemtheorie und noch weniger andere Juristen.

Die soziologische Deutung in der Kategorie Lebenswelt

Das zweite Konzept, das an dieser Stelle interessant ist, findet sich bei Habermas und heißt „Lebenswelt“. Nach Habermas einleuchtender Zeitdiagnose verhält es sich so, dass die Menschen der Jetztzeit weithin beherrscht werden von den Zwängen einer auf Rationalität, Wissenschaft, Technik, Ökonomie, Politik etc. basierenden Gesellschaft. „Lebenswelt“ ist der ziemlich bildersprachliche Versuch, den unauflösbaren Rest zu charakterisieren, der sich jenen Zwängen nicht fügt. Habermas hat ein zweites Wort hinzugefügt, dass nicht bildersprachlich ist, sondern eine Analogie zieht. „Kolonialisierung der Lebenswelt“ bezeichnet bei Habermas *(Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handels, Band 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt/M 1981, S. 539)* die Art und Weise, wie sich die eben genannten Zwänge immer stärker durchsetzt. Der Vergleich sagt nun, dass die Agenturen von Wissenschaft, Technik, Ökonomie etc. dem Alltagsleben der Individuen und Familien genauso fremd und rücksichtslos gegenüberstehen wie die Kolonialbeamten Belgiens im Jahre 1910 im Belgisch-Kongo dem Stammesleben der Pygmäen. Was die Herrschaft stört, wird beseitigt, und ob das, was dann übrig bleibt, noch für die beteiligten Individuen Sinn macht, ist für den Kolonialherr keine Frage, weil schon sein Wahrnehmungssensorium solche Fragen nicht kennt.

Nun ist völlig klar, dass diese Begrifflichkeit die Schwierigkeit mangelnder Trennschärfe hat. Sie wird auch nicht durch die langen theoriegeschichtlichen Herleitungen bei Habermas beseitigt. Es soll an dieser Stelle aber durch zwei Beispiele gezeigt werden, dass diese Begrifflichkeit zu rechtsrelevanten Beobachtungen anregen kann.

Im Bereich des Zugewinnausgleichs gibt es die Rechtsfrage, wie man im Scheidungsfalle mit noch ausstehenden Steuerrückzahlungen umgehen soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet hier nicht die grobe Pauschalierung des Zugewinns statt, sondern Steuern werden als Einzelposten abgerechnet. Dabei ist nun die Frage, wie man mit den komplizierten Folgen der progressiven Einkommenssteuer umgehen will. Der Steuerrechtler Walz hat vorgeschlagen, dass die Ehepartner auch bei bestehender Ehe dafür einen Steuerberater beschäftigen. Dagegen kann man einwenden, dass hier ein deutlicher Fall von „Kolonialisierung der Lebenswelt“ gefordert werde *(so Gerhard Struck, Steuerliche Vierteljahresschrift 1993, S. 353 m. w. Nw.)*. Zu fördern sei dahingegen ein Leben der Beteiligten ohne den Einsatz von professionellen Regelanwendern. Zu denken sei zuerst an die Möglichkeit, dem situationsabhängigen Familienleben Raum zu geben.
Im Bereich des Kindeswohls ist ebenfalls der Einsatz der professionellen Regelanwendung problematisch. Der deutsche Scheidungsprozess kennt die Anwaltspflicht. Das ist eine problematische Entmündigung des Bürgers in einem ganz wichtigen Ereignis seines Lebens. Erst recht muss man den Zwang zur Beschäftigung von Anwälten für problematisch halten, wenn diese um Normen rechten, deren wichtigstes Tatbestandsmerkmal „Kindeswohl“ heißt. Die nach langen Diskussionen eingeführte

gemeinsame elterliche Sorge auch nach der Scheidung wird von vielen deswegen für gut gehalten, weil sie jedenfalls Richter und Anwälte daran hindert, mit ihren Normvorstellungen in die Familien hinein zu regieren.

Verrechtlichung – unwissenschaftlicher Kampfbegriff oder uneingelöstes wissenschaftliches Programm?

Wenn mit einem sachhaltigen Begriff von Recht das gesellschaftliche Zusammenspiel von Politik, Lebenswelt, Recht und anderen Einflussgrößen näher fasst, dann wird eine Anschlussfrage möglich: Weitet sich der Einflussbereich des Rechtes aus? Gibt es in diesem Sinne eine „Verrechtlichung“?

Ein Lehrtext Rechtssoziologie muss sich mit Verrechtlichung beschäftigen. Dafür gibt es bereits einen banalen Grund: Von Verrechtlichung wird in vielen öffentlichen Debatten geredet und es ist auch ein immer wieder angesprochenes Stichwort in der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur. Die These hierzu lautet, dass das Wort Verrechtlichung meistens in einer wissenschaftlich nicht nützlichen Weise verwendet wird und die interessanten Fragen dabei noch kaum angegangen sind.

Verrechtlichung ist in der Tradition der deutschen Rechtswissenschaft als Kampfbegriff erfunden worden. In der Weimarer Zeit konnten die Vertreter der Arbeiterbewegung der Meinung sein, dass sie durch revolutionäre Akte und durch Streiks die Position der Arbeiterschaft würden stärken können. Verrechtlichung war in dieser Wahrnehmung ein leider all zu oft und allzu erfolgreich eingesetztes Verteidigungsmittel der Herrschaft der Bourgeoisie über das Proletariat. Die erstere hatte in Parlament, Justiz und Polizei starke Stützen. Recht war ein Mittel zur weiteren Unterdrückung der Arbeiterschaft. Dabei hatte das Recht als Kampfmittel besondere Vorzüge: In der deutschen Bevölkerung ist Recht sehr hoch angesehen, und zwar auch dann noch, wenn es in durchsichtiger Weise partikularen Interessen dient. Der korrespondierende Kampfbegriff „Klassenjustiz“ hat in der deutschen Geschichte zu keinem Zeitpunkt das Recht enttrohnen können. So war eine Zunahme von geschriebenen Normtexten für die Vertreter der revolutionären Arbeiterschaft ein Übel, das ihre intellektuellen Hilfstruppen in der Fachöffentlichkeit bekämpfen muss *(vgl dazu den Überblick bei Gunther Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Friedrich Kübler, Hrgb, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 289 ff).*

In der weiteren Entwicklung trat allerdings eine Komplikation ein, deretwegen Verrechtlichung nicht mehr so einfach als Begriff gebraucht werden kann. Die Arbeiterbewegung selbst hat immer jeden ihrer Teilsiege mit dem Instrument des Rechtes absichern wollen. Es wurde z. B. als Erfolg gefeiert, dass das Grundgesetz die Tarifautonomie im Grundrechtskatalog in Art. 9 Abs. 3 verankerte.

Heute wird „Verrechtlichung“ wieder sehr häufig in öffentlichen Debatten als Kampfbegriff verwendet – nur mit anderen Vorzeichen. In Übereinstimmung mit dem Sozialstaatsgebot des Art. 28 GG hat die Gesetzgebung auf diesem Sektor zugenommen. Wie der Arbeitsschutz ist der Umweltschutz eine Materie, der grobschlächtigen Regelungen nicht zugänglich ist. Auf solche Materien bezieht sich die politische Forderung der Unternehmerschaft und der ihnen nahestehenden Kreise nach Deregulierung. Die Klage über Verrechtlichung ist nichts anderes als die Forderung, bestimmte für die Budgets der Mehrheit der Unternehmer ungünstige Normen aufzuheben. Man kann sicher sein, dass die Forderung nach Deregulierung dort nicht erhoben wird, wo feinziselierte Vorschriften ausländische Billigkonkurrenz zurückdrängen oder soweit der Umweltschutz neue Gewinnquellen erschließt.

In den politischen Klageliedern wird auch zu selten eine wichtige rechtssoziologische Unterscheidung durchgehalten. Es ist geradezu begrüßenswert, wenn wenigstens unterschieden wird zwischen „Normenflut“ und der zunehmenden Einschaltung von Justiz in wirtschaftliche Abläufe, sogenannte „Prozessflut“. Die Annahme, dass mehr Vorschriften mehr Rechtsstreite mit sich bringen, ist jedenfalls nicht belegt. „Prozessflut“ korrespondiert nicht genau der „Normenflut“, sondern ist der Refrain im Klagelied überlasteter Richter.

Für einen wichtigen Bereich des bürgerlichen Rechts kann man ein entgegenstehendes Beispiel aufzeigen. Es handelt sich um die Entwicklung des Rechtes der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zuerst richterrechtlich als Ausfüllung von § 138 Abs. 1 BGB verlief; jedes Schrittchen dieser Entwicklung musste auf der unsicheren Textgrundlage der Generalklausel neu erstritten werden. Die heutige Existenz der langen Regelungskataloge in §§ 308 und 309 klärt eine große Zahl von Rechtsproblemen und vermeidet Prozesse.

Ebenso kann man exemplarisch zeigen, dass gleichlange Texte sehr unterschiedlicher Randbedingungen für die Entwicklung einer Streitkultur vorgeben können. Das Beispiel: Das alte Gewährleistungsrecht für Kaufverträge sah die berüchtigte 6-Monats-Verjährung vor. In einer großen Masse von Fällen wussten die Verbraucher, dass man höchstens noch ein halbes Jahr lang etwas

machen kann. Heute ist die Grenzlinie ebenso klar und kann ebenso leicht im Kalender überprüft werden; seit der Schuldrechtsreform liegt sie nämlich bei 2 Jahren. Die Justiz muss sich mit Fällen beschäftigen, bei denen der Verbraucher früher hätte resignieren müssen, weil die Lieferung der Sache schon ein dreiviertel Jahr zurücklag. Dabei wurde von interessierter Seite anfangs so getan, als ob eine viermal so lange Frist auch viermal so viele Prozesse befördern müsste. Das ist nun aber auch nicht der Fall, weil die Masse der Problemfälle schon in den ersten Monaten sichtbar wird und viele Konsumgüter schon in kürzerer Zeit als 2 Jahre verbraucht und entsorgt sind. Es gibt also keine Algorithmen von der Art: Viermal soviel Zeit gibt viermal soviel Prozesse; oder: gleichviel Worte im Gesetze bewirken gleichviel Prozesse.

Die „Prozessflut" als Parallelerscheinung und als Wirkung der „Normenflut" ist wissenschaftlich nicht belegt.

Forschungsfragen zur Verrechtlichungsthese

Deshalb kann eine rechtssoziologische Darstellung der Situation im wesentlichen nur die Forschungsfragen benennen, zu denen es keine oder nur veraltete Antworten gibt.
Die erste Grundfrage lautet, ob eine quantitative Zunahme des vom Recht beherrschten Feldes nicht hervorgetäuscht wird durch eine politische Entwicklung für immer schwierigeren Groß-Staatengebilden. Dazu ein Gedankenexperiment.

> *Der Großherzug von Oldenburg wird für seine ostfriesischen Untertanen sicherlich ein Deichrecht gehabt haben und er wird dieses Deichrecht mit den neuen technischen Gegebenheiten weiter modernisiert haben. Der König im Königreich Bayern wird für seine Untertanen in den oberbayerischen Alpentälern Regeln über Bannwald gehabt haben, und es dürfte auch hier ab und zu eine Neuerung fällig gewesen sein. Eine Bundesrepublik Deutschland muss zentral oder föderal oder irgendwie Regeln für Deiche und Bannwälder haben. Die für die Zukunft zu denkende Europäische Union wird – an welcher Stelle ihres Rechtssystems auch immer – zusätzlich dazu die Normen haben, die sich mit Spezialproblemen der Welt nördlich des Polarkreises und der halbjährigen Dunkelheit befassen. Die Gesetzessammlungen, die Normen für ganz Europa enthalten, werden mehr Texte enthalten. Aber der Bürger Hannovers wird von allen diesen Normen weder gestern noch heute berührt.*

Die Frage wäre also, ob die Zahl von relevanten Normen für den einzelnen Bürger zunimmt.
Ein ernsthafteres Beispiel, um den notwendigen Zusammenhang zwischen Komplexität der Gesellschaft und Komplexität des Rechtes zu zeigen, sind die gesellschaftlichen und rechtlichen Fragen der Migration.

> *Die Väter des Grundgesetzes haben durch das Asylrecht des Art. 16 GG und durch das im Grundgesetz genannte Völkerrecht die Grundentscheidung getroffen, dass die Bundesrepublik sich in einem Komplex normativer Beziehungen zur gesamten Welt positioniert. Vielerlei faktische Änderungen (schnellere Verbindungen durch Flugzeuge, weltumgreifende Kommunikation durch Internet etc.) fordern jetzt ein, dass man sich auch in Gesetzgebung, Verordnungsgebung und Justiz mit den Problemen der gesamten Welt auseinandersetzt.*

Das Asylrecht ist komplizierter geworden, weil die Welt komplexer geworden ist. Konsequenz: Wer heute sagen will, es gäbe zu viele Normen, der muss zuerst einmal sagen, welches die angemessene Komplexität eines Rechtssystems und d.h. die angemessene Normenmasse für ein Gesellschaftssystem ist. Zu dieser Frage gibt es keinen Ansatz von Antworten.

Ansätze von Aussagen gibt es zu der Textmenge neuer Gesetze und Verordnungen. Die letzte zusammenfassende Erstellung der einschlägigen Literatur findet sich bei Holtschneider *(Rainer Holtschneider, Normenflut und Rechtsversagen: wie wirksam sind rechtliche Regelungen? Baden-Baden 1991, S. 70 ff.)*. Danach ist die Situation insgesamt unübersichtlich. Leidlich ernst zu nehmende Untersuchungen setzen bei den messbaren Größen an, also bei der Gesamtmasse der in bestimmten Zeitabschnitten gedruckten Gesetzen und Verordnung. Wie bei einem Vorgang der Messung in der Soziologie typisch, beginnen dann die Detailprobleme. Im Bundesgesetzblatt z. B. stehen sehr viele Texte, die nur bis dahin bestehendes Recht als Neuverkündung leichter zugänglich und übersichtlich machen. Die großen Kodifikationen sind inzwischen neu verkündet worden. Das ist äußerlich kenntlich gemacht. Eine Stufe schwieriger zu messen sind die Gesetze vom Typus der SGB I, SGB II, SGB III bis SGB XII. Hier liegt eine Mischung von neuem Text und von Textwiederholung vor. Noch eine Stufe schwieriger zu messen sind die Verweisungen, bei denen die Neuerungen außerhalb der Gesetzblattblätter liegen. So ist z. B. das für die Anwaltschaft sehr wichtige Recht der Verzugszinsen zum Teil im BGB geregelt, aber die praktisch wichtige Bemessungsgröße wird nicht im

Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Amüsanterweise findet in der ganzen Debatte keine rechte Beachtung, dass im Anhang aller neuen Gesetze Normen finden, die nur Normen aufheben. Solche Verringerungen der Gesamtnormmasse erscheinen dann mit in der Zählung der Seiten als neue Norm.

Als Zusammenfassung kann man die folgende Aussage wagen: Insgesamt scheint die Masse der Gesetzestexte in einem ungleichförmigen Prozess einen Zuwachs zu haben, der aber ganz undramatisch ist.

Dasselbe lässt sich über die Häufigkeit des Prozessierens sagen.

Kap. 6

Recht als System neben anderen Systemen

Die Systemtheorie Luhmanns

Systemtheorie tritt in Deutschland an als eine Gesellschaftstheorie, die jedenfalls in der Reichweite der erfassten Phänomene und in deren Relevanzordnung offenbar eine Alternative ist zu einer Gesellschaftstheorie, die die Entwicklung der bisherigen Gesellschaftsformationen verfolgt und für die Gegenwart das Verhältnis von gesellschaftlichen Teilbereichen (wie z. B. Produktion, Zirkulation und Reproduktion) beschreibt. Für einen Kurs in Rechtssoziologie gibt es hier allerdings eine besondere Schwierigkeit. Texte, die sich irgendwie auf aktuelles Recht beziehen, stammen im großen Umfang von Niklas Luhmann, der nach einer juristischen Ausbildung und einer juristischen Berufspraxis Professor für Soziologie geworden ist. Allerdings sind diese Texte mit mehreren Eigenheiten geprägt, derentwegen sie insgesamt mehr Einarbeitungszeit verlangen als Juristen und Jurastudierende sie üblicherweise für Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie etc. aufbringen.

Erstens ist Luhmanns Referenzrahmen die Theorie der Gesellschaft und ihn interessiert in den neueren und interessanteren Veröffentlichungen das System Recht nur als Unterfall, also als ein System unter anderen. Es geht eben darum, die Gemeinsamkeit von Systemen darzutun und auf die Frage zu beziehen, wie eine Gesellschaft aus Systemen beschaffen sein kann. Das bringt zwei Unterprobleme mit sich. Die Wahrnehmungen, die Luhmann zum Thema macht, entfernen sich häufig sehr stark von der Selbstdarstellung des Rechtssystems. Aber weiter: Luhmann hat seine Theorie im Lauf der Jahrzehnte immer weiter entwickelt und es ist durchaus schwierig, den letzten, quasi-verbindlichen Stand einer Systemtheorie des Rechtes im Verband der teilweise später entstandenen Theorien anderer Gesellschaft konstituierender Systeme zu rekonstruieren.

Der zweite Hauptgrund warum Luhmann als Autor so sperrig ist, liegt im Folgenden: Luhmann hat als Theoretiker Großes gewagt. Das gerade hat nun wiederum zwei Unterprobleme produziert. Einerseits hat Luhmann in erheblichem Umfang eine eigene Begrifflichkeit entwickeln müssen, aber andererseits hat er auch mit allem wissenschaftlichen Ethos die Stellen ausgewiesen, an denen er seine Aussagen nicht recht sicher war. Da nun die Gesamtliteratur, in denen seine Ideen aufgenommen werden, nicht umfänglich ist, sind viele Offenheiten stehen geblieben. Diese verunsichern den Leser.

Ein Drittes Hauptproblem sollte nicht verschwiegen werden: Luhmann ist kein didaktischer und auch kein missionarischer Autor. Ein didaktischer Autor hätte vielleicht die Kunst verstanden, die langen monologischen Texte durch Gliederungspunkte, Zwischenüberschriften etc. nachvollziehbarer zu gestalten, als dies nun einmal bei Luhmann der Fall ist. Ein missionarischer Autor hätte sicherlich versucht, durch eindrückliche Beispiele, durch zusammenfassende Wiederholungen etc. den Leser in seinen Bann zu schlagen.

Exkursorisch sei nach so viel Kritik an Luhmanns Texten der Gerechtigkeit halber hinzugefügt, dass es trotzdem sehr gewinnbringend ist, sie zu lesen. Dafür sei nur ein Charakterzug von Luhmanns Schriften betont. Luhmann ist ein hervorragender Kritiker des geistigen Milieus, in dem sich Rechtsprofessoren und hohe Richter bewegen. Mit klarem Verstand und scharfem Auge erblickt er bei seinen Streifzügen in die reale Rechtswissenschaft und –praxis Leerformeln, aufgeblähte Banalitäten, Inkonsistenzen, unbegriffene Zusammenhänge und vieles andere mehr. Ohne Häme und ohne Aufregung räumt er – massenweise – beiseite, was eine gute und existierende Rechtswissenschaft und vor allem Rechtstheorie niemals hätte akzeptieren dürfen. Kurz gesagt: Als Jurist lernt man bei Luhmann viel. Auf diese Eigenschaft der Systemtheorie, wie sie in Deutschland wichtig geworden ist, ist noch weiter unten zurückzukommen.

Es empfiehlt sich also, an den Anfang zur Charakterisierung der Systemtheorie einen Text zu benutzen, der von Hiller und Welz vorgelegt worden ist *(Petra Hiller, Frank Welz, Soziologische Revue 2000, Sonderheft 5, S. 238)*. Er kann nach dem theoretischen Standort der beiden als Selbstdarstellung gelten:

> *Eine entschieden gesellschaftstheoretische Bestimmung des Rechts reklamiert hingegen die Systemtheorie. Das trennt ihre Fragerichtung von allen diskurstheoretischen Ansätzen, ob sie nun auf Habermas oder auf Foucault zurückgehen. Schon mit seiner „Rechtssoziologie" formulierte Niklas Luhmann für rechtssoziologische Analysen die komplette Problemstellung neu. Das neuere „Recht der Gesellschaft" (Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993;) fasst die systemtheoretische Alternative der Beschreibung von Recht als funktional ausdifferenziertes Teilsystem zusammen: Das Recht hat keine Eigenqualität,*

staatliche Sanktion ist nicht sein Merkmal; es gibt keine inhaltliche Bestimmung dessen, was als Recht definiert werden kann. Keine Vernunft, keine Rechtsquelle, keine oberste Norm hält das Recht zusammen. Gegen Habermas Ausgangspunkt, eben die Handlungsnormen seien gültig, denen alle möglicherweise Betroffenen in rationalen Diskursen zustimmen könnten, dementiert Luhmann für die Rechtsgeltung jede normative Qualifikation. Dass in der Einhaltung bestimmter Verfahrensbedingungen ein vernünftiger Konsens gründen oder wachsen könne, erscheint so als Legalfiktion. Systemtheoretisch liegt die Geltung des Rechts allein in seiner laufenden Reproduktion. Sie basiert nicht auf Einheit und Geltung kennt keine Gründe. Sie basiert auf Differenz. Etwas gilt nur, wenn es gilt. Das konterkariert Habermas Ansatz, der der Theoriebildung mit den Strukturen der Sprache ein normatives Fundament unterlegt. Luhmann setzt einen entschiedenen Konstruktivismus entgegen.
Seine Analyse knüpft an keine Normentypologie und keine vorgegebenen Regeln oder Strukturen des Rechts an, sondern an eine gewählte Unterscheidung: System und Umwelt. Diese Differenz ist nicht ontologisch gemeint. Sie trennt keine Entitäten. Soziale Systeme bestehen aus Kommunikationen. Ihre Umwelt ist, je systemspezifisch, alles andere. Die Gesellschaft ist die Dauersequenz aller Kommunikation. Das Recht der Gesellschaft besteht in einer Teilmenge derselben, nicht aus Rechtspersonen oder –büchern, sondern in Rechtskommunikationen. Diese unterliegen einem Code. Wird eine Einzeloperation sei es positiv als Recht oder negativ als Unrecht codiert, so handelt es sich um eine Rechtskommunikation. Eine Sachdefinition des Rechts kann es dabei nicht geben. Aber seine Funktion steht fest. Sie liegt in der Stabilisierung normativer Erwartungen. Diese vollzieht sich dynamisch, das Recht prozediert. Es fügt sich zu einer endlosen Geschichte der unaufhörlichen Produktion seiner Elemente. Solange diese als permanente Reproduktion seiner selbst aufrechterhalten werden kann, funktioniert das System autopoietisch. Es produziert und erhält sich als dynamisches System selbst und findet darin seine Autonomie. So lässt sich Luhmanns tautologische Formel verstehen: ‚Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt' (Niklas Luhmann, a.a.O. S. 143 ff).

Das Exempel Familienbürgschaft

Man hat es nicht leicht, Exempel aufzufinden, bei denen die besondere Qualität der Systemtheorie des Rechts nicht nur als Gesellschaftstheorie, sondern auch als Aussagenkomplex zu praxis- und studienrelevantem Themen deutlich wird. Am besten eignet sich der Aufsatz von Teubner „Ein Fall von struktureller Korruption? – Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken *(Bundesverfassungsgerichtentscheidung 89, 214 ff.)", (Gunther Teubner KritV 2000, S. 388).* In diesem Text ist zwar über weite Strecken von den Systemen Ökonomie und Familie die Rede, aber es geht doch schließlich um die spezifische Art und Weise, wie das Rechtssystem im Verhältnis zu anderen Systemen zu sehen ist.

Nur kurz zur Entscheidung des Bundesverfassungsgericht: In den 80iger Jahren wurde verstärkt wahrgenommen, dass in der Praxis der Banken bei Kreditvergaben an Privatleute Bürgschaften und selbstschuldnerische Mithaftungen stattfanden. Diese Sicherungsform wurde vor allem dann von den Angestellten der Banken iniziiert, wenn andere Sicherungen nicht zu erlangen waren, also mithin der Kredit sowieso „auf schwachen Füßen" stand. Es kam in der Praxis zu einer beträchtlichen Zahl von Fällen, in denen Familienmitglieder – umgangssprachlich gesprochen – bürgten, obwohl sie im Ernstfall nicht die Chance hatten, aus ihrem nicht vorhandenen und geringen Einkommen auch nur die Tilgung des Kredits aufzubringen. Zu Gerichtsentscheidungen führten diese Situationen, wenn die Bürginnen oder Bürgen die Ansprüche von Grund auf abzuwehren versuchten, die sie nach bürgerlichen Maßstäben anderenfalls für ihr ganzes weiteres Leben ruinierten. Nachdem der Bundesgerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen strikt die Vertragsverbindlichkeit durchhielt und die Fallgruppe im Großen und Ganzen bei der Zahlungsverpflichtung der Bürginnen und Bürgen verblieb, war es das Bundesverfassungsgericht, dass durch Verfassungsrecht der Zivilrechtsprechung aufgab, im größeren Umfang das Freiheitsrecht der Bürginnen und Bürgen nach Art. 2 Grundgesetz zu wahren und ruinöse familieninterne Bürgschaften für von Anfang an für sittenwidrig zu erklären.

Die Kritik herkömmlicher juristischer Begründungsversuche

Auch in diesem Falle erweist sich die Systemtheorie als ein Anstoß, Begründungen in Rechtsprechung und Literatur beiseite zu räumen, die eigentlich immanenten Ansprüchen dogmatischer Rechtswissenschaft nicht genügen. Es ist durchaus typisch, wie Teubner als Zivilrechtler und systemtheoretisch ausgewiesener Rechtssoziologe die gängigen zu Dogmen erstarrten Begründungsstränge in Grund und Boden kritisiert.

Erstens geht es nicht um das außerordentlich hohe Risiko der Bürgschaft; das allein kann nicht begründen, dass Art. 2 Grundgesetz durch Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB durchgesetzt werden muss, weil die Behandlung von ökonomischen Risiken das durchgängige Thema des Zwangsvollstreckungsrechts und des Insolvenzrechts ist. Wenn man der Meinung ist, dass diese beiden Teilbereiche des Rechts Fehlkonstruktionen sind, dann müsste das jedenfalls familienunabhängig gelten. Der „moderne Schuldturm“, also die Erscheinung von Schulden, die lebenslang nicht abgezahlt werden können, ist als Problem völlig unabhängig vom Anlass der Schulden, also von Familienzugehörigkeit oder nichtehelicher Lebenspartnerschaft.

Zweitens erweisen sich Formulierungen wie „Kommerzialisierung von Liebe und Dankbarkeit“, wie sie in der Literatur zu finden sind, als viel zu unbestimmt. Auch die Vertreter der neuen bürgschaftsfeindlichen Rechtsprechung können nicht wünschen, dass in der Einzelfall bezogenen Analyse der Sittenwidrigkeit aufgearbeitet wird, ob Schuldner und Bürgin im Verhältnis der Liebe oder im Verhältnis der Dankbarkeit zueinander standen. Was konkret hat diese Eltern und dieses ihr Kind im Zeitraum vor der Bürgschaft miteinander verbunden. Wie bestimmen wir Außenstehenden die eheliche Liebe? Jeder Versuch der Konkretisierung macht sofort deutlich, mit was für merkwürdigen Vorurteilen in diesen Fallkonstellationen gearbeitet wird. Nicht deutlich ist allerdings, wie man besagte Liebe und Dankbarkeit durch Zeugen oder durch Urkunden im Zivilprozess beweisen sollte.

Die häufigste Formulierung bei der Nichtigkeitserklärung von Bürgschaften ist der Verweis auf einen familiären Druck und die daraus resultierende psychische Zwangslage. Nicht plausibel wird bei dieser Argumentation aber, warum es im Falle dieser psychischen Zwangslage so sein soll, dass die Privatautonomie zugleich Basis der Marktwirtschaft, außer Kraft gesetzt sind. Nur zum Vergleich: Wenn ein junger Mann total verliebt ist und gegen hohe Zinsen das Geld leiht für einen Autokauf, mit er der angebeteten imponieren will, dann mag das für ihn eine psychische Zwangslage sein. Der Gebrauchswert der gekauften Sache spielt in einer modernen Marktwirtschaft keine Rolle. Deshalb heißt es auch, ein Pferd beim Schwanze aufzuzäumen, wenn man mit der Rechtsprechung die Abwehr „ökonomisch irrrationalen Verhaltens“ versucht. Wer in Deutschland einen Geländewagen mit Eigenschaften kauft, die er hier auf deutschem Asphalt nie brauchen wird, der handelt nicht entsprechend der protestantischen Ethik, aber diese Kritik liegt in einer ganz anderen Dimension als in der Frage nach ökonomischer Irrationalität.

Ebenso wenig kann man mit dem Gesichtspunkt der Informationsasymmetrie sinnvoll argumentieren. Bei solchen Bürgschaften geht es um Geldsummen, die auch als Ziffern auf weißes Papier geschrieben werden, und um das Zahlungsrisiko des Hauptgläubigers. Es geht um ein seit Jahrhunderten bekanntes Geschäft, dass aus der Alltagssprache wohl vertraut ist. Die Banken haben keinen Informationsvorsprung. Der typische Konflikt ist immer so beschaffen, dass innerfamiliäre Probleme zu Trennungen und Scheidungen führen und die ökonomischen Einbrüche, die typischerweise mit dieser Phase einhergehen, den Kredit notleidend und die Bürgschaft fällig machen. Auf dieses Risiko bezogen ist es sogar umgekehrt: Schuldner und Bürge haben einen Informationsvorsprung vor dem Kreditgeber!

Unter der Hand stellt man bei der Betrachtung der großen Fallzahl fest, dass offenbar auch das Lebensalter der Bürgenden eine Rolle spielt. Die Richter scheinen ein wenig dem Vorurteil deutscher Väter und Mütter anzuhängen, wonach der junge Volljährige doch noch ein „halbes Kind“ ist. Das Volljährigkeitsalter wagt man aber nicht offen zur Disposition durch Richterrecht zu stellen. Einerseits würde das, wie Teubner richtig ausweist, Unsicherheit in eine große Zahl von anderen Marktgeschehnissen tragen. Man kann andererseits hinzufügen, dass der Gedanke gerade für eine dramatische Kerngruppe nicht das Ergebnis bringt, dass sich die Gegner von Familienbürgschaften wünschen. Wenn junge Erwachsene als Kinder für ihre Eltern bürgen, dann versagt gerade der Schutz, den die „halben Kinder“ als Kinder durch ihre Eltern haben sollen. Das Versagen der Eltern aber wird in der Rechtsprechung zu Recht nicht thematisiert, denn dieser Gesichtspunkt trägt die Fallgruppe genauso wenig wie alle zu vor diskutierten.

Die systemtheoretische Analyse

Auf dieser Basis präsentiert Teubner seine Analyse:

> *„Familienbürgschaften sind ... ein Fall von struktureller Korruption im Verhältnis von Wirtschaft und Familie ... In Familienbürgschaften werden Normen, die der innerfamiliären Solidarität wirksam Grenzen ziehen, von Normen ökonomisch rationalen Handelns sabotiert und letztlich außer Kraft gesetzt. Die Notwendigkeit, einen Kredit für ein wirtschaftliches Projekt zu erlangen, setzt sich gegenüber dem Gebot, familiäre Solidarität dann zu begrenzen, wenn sie für den solidarischen Partner existenzbedrohend wirkt, durch“. (Teubner a.a.O. S. 392)*

Das überzeugt, denn in der Tat sind die beiden „Handlungslogiken“ in Familie und Wirtschaft verschieden. In der Familie gibt es ein Geben und Nehmen, aber ohne genaue Aufrechnung, und mit einer schwierigen immanenten Begrenzung; kein Familienmitglied darf immer nur nehmen und weiter nehmen und weiter nehmen und weiter nehmen. Was in einer Familie möglich ist, ist nicht vorher in Regeln festgelegt, aber das bedeutet nicht, dass Grenzenlosigkeit herrschte. In der Ökonomie geht es zum Teil um den Konsum, der – wie das Beispiel der Geländewagen in Deutschland plastisch zeigt – prinzipiell beliebig steigerbar ist. Wichtiger ist für unser Beispiel aber, dass es vor allem um das unternehmerische Handeln geht, bei dem Risiken durch Versuch und Irrtum ausgelotet werden und die Größe des Projektes gegebenenfalls beliebig große Mitteleinsätze bedingt. Für den Angestellten der Bank ist der Kredit um so besser, je größer und je langfristiger er ist; der Gewinn des Kreditgebers und die Provision des Kreditvermittlers sind im Prinzip unbegrenzt. Die Rechtsprechung, nach der Bürgschaften unwirksam sind, bewahrt die Familie davor, dass das ökonomische Prinzip grenzenlosen Wachstums die Ausgewogenheit innerfamiliärer Solidarität korrumpiert. Die Familie wird vor der „Systemlogik“ *(Teubner a.a.O. S. 399)* der Ökonomie bewahrt.

> *Eine Zwischenbemerkung zur Theoriediskussion ist angezeigt. Es fällt in Teubners Text auf, dass das Wort „System“ in der Analyse eines Problems juristischer Praxis sehr selten verwendet wird. In der Tat wäre es durchaus noch schwierig, näher zu beschreiben, was z. B. der Begriff der Autopoiese bezogen auf ein „System Familie“ bedeutet. Es kann ja nicht die Einzelfamilie gemeint sein. Verwirrung stiftet auch, dass Psychologen und Psychotherapeuten von systemischen Eigenschaften und systemischer Therapie in der Familie sprechen, wo es gerade nicht um Systemtheorie im Sinne Luhmanns geht.*

In Teubners Analyse fragt sich nun, wie das Nebeneinander von Ökonomie und Familie mit dem Rechtssystem zusammenstößt. Überzeugend ist gezeigt worden, dass „Werte“ wie Freiheit oder „Fakten“ die vorhandene oder nicht vorhandene Information die Entscheidungen der Richter nicht in der Weise vorstrukturieren können, die der Richter als Leser und Anwender des Gesetzes und als Autor plausibler Argumentationen in Urteilbegründungstexten behauptet. Die Eigenschaften und die Kontinuität von System werden in Theorie-Arbeit bestimmt und haben nichts zu tun mit dem Selbstverständnis der handelnden Personen. So interpretiert Teubner den jetzt bestehenden Rechtszustand einer weitgehenden Unverbindlichkeit von familieninternen Bürgschaften auf der Basis der Frage, ob Recht das System der Familie durch jeweilige einzelne Rekonstruktionen der innerfamiliären Beziehungen schützen kann. Seine Antwort und seine Konsequenz darauf sind überzeugend: Rechtlich kann man mit den immer neuen internen Solidarisierungen und Entsolidarisierungen in dem Zusammenleben von Ehepartnern, nichtehelich verbundenen Partnern, Eltern und Kindern etc. nicht in den Formen umgehen, die der Zivilprozess vorgibt. Wenn das System Recht sich beschreiben lässt als Generalisierung von Verhaltenserwartungen, dann kann Recht nicht die Individualität des Falles sei es nach familiären, sei es nach ökonomischen Prinzipien entscheiden.

> *„Jede Intimbeziehung sucht und findet ihre eigene Opfergrenze. Die konkrete Grenze der Opferbereitschaft festzulegen ... hängt so sehr von den individuellen Verhältnissen der jeweiligen Einzelbeziehung ab, dass sich jede ... Verallgemeinerung empirisch vorgefundene Erwartungen im Namen des Rechts verbietet.“ (Teuner a.a.O S. 393)*

Wenn der Richter in familiäre Geschehnisse intervenieren will, dann muss er dies als Teil des Rechtssystems nach dessen Prinzipien tun. Konsequenz ist, dass das Rechtssystem nur systematische Zuweisungen verwalten kann. So, wie vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Recht die Ökonomie im Bereich der Kreditvergaben inklusive Bürgschaften gewähren ließ, so kann als Alternative nur die generalisierte Verhaltenserwartung durchgesetzt werden, wonach familieninterne Bürgschaften unwirksam sind. Es verbleibt die Aufgabe, die unterschiedlichen Handlungslogiken der Systeme Familie und Ökonomie zu beschreiben, um die Fallgruppe (!) einzugrenzen, in der die Nichtanwendung ökonomischer Handlungslogik angezeigt ist. Hier sind Verständigungen nötig, die aber das Rechtssystem nicht überfordern darf. Es muss nur festgelegt werden, was als Familienbeziehung ernst genommen wird und welche Bürgschaften sich als „ruinös“ erweisen. Die Verwaltung beider Kriterien fällt in der Tat in Deutschland nicht besonders schwer, weil das Rechtssystem typischerweise nur mit Rechtsfällen beschäftigt wird, in denen beide Kriterien erfüllt sind:

Andere Exempel

Bedeutung hat der Fall der Familienbürgschaft gerade dadurch, dass es auch parallele Beispiele gibt. Teubner nennt einige, von denen hier die Regelung der richterlichen Befangenheit herausgegriffen sei. In der Tat stoßen hier die Systeme Familie und Recht aufeinander. Der Richter hat in langer

professioneller Ausbildung eingeübt, personenunabhängige Dogmatik zu treiben. Trotzdem soll der blosse denkbare Verdacht des Bürgers genügen, um ihn als gesetzlichen Richter ungeeignet zu machen und durch einen anderen Richter zu ersetzen. Auf beiden Seiten werden die psychologischen Realitäten so „realitätsfern" beschrieben, dass sie im Rechtssystem verwaltet werden können. Ob der Richter etwa bei Prozessführung, an der seine Ehefrau oder seine Kinder auf der einen Seite stehen, diese in Wahrheit mit aller Kaltherzigkeit und Kaltschnäuzigkeit behandeln wird, tut nichts zur Sache, da es auf die Handlungslogik des Systems Familie und nicht auf die Individualstrukturen ankommt. Das Rechtssystem seinerseits muss Verhaltenserwartungen stabilisieren, und das kann es nur in dieser Form.

Kap. 7

Richter als Personal der Justiz

Eine Vorfrage: „Richter" oder „Richter und Richterinnen" oder „RichterInnen"?

Ein wissenschaftlicher Text muss seinen Gegenstand richtig bezeichnen und deshalb gehört an den Anfang eines Abschnitts über das Personal die Überlegung, ob man die Tatsache zum Ausdruck bringen muss, dass jenes Personal aus Männer und Frauen besteht. Weiterhin muss die Terminologie, wenn man die Geschlechtersituation zum Ausdruck bringen will, dies angemessen tun. Die Konsequenzen aus diesen Überlegungen sind schwierig zu ziehen. Bei Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen kann man die Oberkategorie Arbeitspersonen wählen. Das sollte sich durchsetzen. Bei Studentinnen und Studenten kann man auf das Partizip Studierende zurückgehen. Ein vergleichbares sprachlich einigermaßen akzeptables Konstrukt steht für Richter und Richterinnen bisher nicht zur Verfügung. Auf die Frage nach dem Beruf antwortet der Richter: „Ich bin Richter", nicht „Ich richte". Deshalb zum Beispiel steht das als Oberbegriff für Richter und Richterinnen das Partizip „Richtende" nicht zur Verfügung. Wollte man es trotzdem verwenden und einführen, so müsste man auf lange Zeit mit Missverständnissen rechnen. Richtende klingt in den Ohren, mit denen wir hören, stärker nach jüngstem Gericht oder nach Volksgerichtshof. Für einen Text, der wie der vorliegende, auch tiefer in die Vergangenheit zurückgreift, ist eine durchgängige Verwendung von Doppelformeln „Richterinnen und Richter" oder „Richter/-innen" oder „RichterInnen" falsch. Eine solche Doppelformel verbirgt nämlich die frühere. Für die Gegenwart verbirgt die Doppelformel die Männerdominanz; je höher die Instanz und je besser die Besoldung, desto mehr Prozent der Richterschaft sind männlich. Wird hier nicht durch „Richterinnen und Richter" schönfärberisch eine egalitäre Situation vorgespiegelt, die empirisch unwahr ist? Umgekehrt verhält es sich mit „RichterInnen"; droht hier nicht ein Verständnis des großen I als Kampfformel des Feminismus?

Aus dem allen kann man nur die Lehre ziehen: Die menschliche Sprache bildet die menschliche Lebenswelt ab, und wo die Lebenswelt widersprüchlich, intransparent etc. ist, da kann man in kurzen Texten nicht schnelle Wahrheiten und Klarheiten schaffen. In langen Texten kann man als Autor den Leser von der eigenen Sicht der Dinge überzeugen wollen und die mit der Einführung einer entsprechenden Terminologie verbinden.

Daraus folgt für den vorliegenden Text wiederum eine Konsequenz: Gerade weil ein beträchtlicher Teil der Aussagen nicht zwischen Männern und Frauen unterscheidet oder aus institutionellen Gründen sowieso nur von Männern sprechen kann, wird im Zweifel von Richtern oder Richterschaft gesprochen. Richterschaft transportiert auch eine Nachricht, die man sich bewusst machen muss. Das Wort unterstellt (anders als „Studierende"), dass die Richterschaft als eine Einheit zu sehen ist und dass man ihr Eigenschaften, Meinungen, Verhaltensweisen zuschreiben kann. Die Angehörigen einer Minderheit der Richter, die sich selbst als progressiv definiert, werden bei diesem Terminus womöglich sensibel reagieren und berechtigten Einspruch erheben. Trotzdem scheint es besten, im folgenden Abschnitt, in dem es auf die Männer-Frauen-Differenz noch nicht ankommt, von Richtern und Richterschaft zu sprechen und mit beiden Termini jeweils alle Angehörigen des richterlichen Berufsstands zu meinen.

Das juristische Bezugsproblem Klassenjustiz und Befangenheit

Klassenjustiz ist in der Bundesrepublik Deutschland von Richtern, anderen Juristen und Politikern als Schimpfwort verstanden worden. Das hat mit sich gebracht, dass man emotional abwehrend reagierte und bis in die Gegenwart reagiert. Eine Forderung der Rationalität ist es hingegen, die juristischen Bezugspunkte klar zu bestimmen, im Hinblick auf die Wahrheit oder Unwahrheit oder Differenzierungen des Vorwurfs Klassenjustiz untersucht werden müssen. Dem nicht genau bestimmten rechtssoziologischen Begriff Klassenjustiz korrespondieren nun einige normative Grundsprobleme jeder Rechtsordnung, nicht nur ein Grundproblem allein.

Befangenheit.Befangenheit ist ein altes und durchgängiges Thema der Justiz. Unbefangenheit wird vom Richter in allen Prozessordnungen der zivilisierten Welt verlangt. Der gesetzliche Richter ist der unbefangene Richter. In irgendwelchen früheren Zeiten, die in Gestalt von Dorfrichtern durch die Literatur agieren, mag auch die Korruption ein Thema sein. Für die Gegenwart jedenfalls ist völlig klar, dass die unbewusste Abweichung eine Gefahr darstellt. Zum Teil ist sie in einer Fülle von Paragraphen für klar konsensfähige Entscheidungssituationen abgearbeitet (Richter in eigener Sache, Richter in Sache naher Familienangehöriger etc.). Der Vorwurf der Klassenjustiz negiert

Unbefangenheit der Richterschaft und bestreitet die Legitimität des institutionellen Handelns nach den eigenen Maßstäben der Institution.

Gewaltenteilung. Nach dem am stärksten verbreiteten Verständnis der Gewaltenteilung, die die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland bestimmt, gilt jedenfalls: Recht und Politik sind verschieden, und Regierung und gesetzgebende Gewalt machen Politik mit offenem Entscheidungshorizont für frei aufgegriffene Probleme, und die Justiz hat ihre Aufgabe der Rechtsprechung und politisch im Rahmen vorgegebener Kompetenzen nach vorgegebenen Regeln wahrzunehmen. Der Vorwurf der Klassenjustiz behauptet, dass diese Rechtstaatlichkeit so nicht verwirklicht wird. Dementsprechend darf nicht verwundern, wenn die staatstragenden Kräfte eines demokratischen Rechtsstaates auf einschlägige Aussagen sensibel reagieren.
Weniger im Blickpunkt stehen zwei andere interne Anforderungen, im Hinblick auf das Personal der Justiz untersucht werden kann. Der Richter muss angemessene Urteile fällen, nicht zu hart, aber auch nicht zu weich. Diese alte Anforderung erscheint nur auf den ersten Blick unproblematisch. Dass man allen Anlass hat, sich stärker um sie zu kümmern, sei kurz an einem kleinen Beispiel klargemacht.

> *In Hamburg agierte in den 90iger Jahren ein Richter, der in der Tagespresse den Beinamen „Richter Gnadenlos“ bekam. Was wird über einen Richter ausgesagt, der gnadenlos richtet? Eigentlich nur, dass er seine Funktion wahrnimmt. Gnade zu üben war in der Tradition der europäischen Monarchien und Fürstenstaaten das Vorrecht des Fürsten von Gottes Gnaden. Die Gnade nahm teil an der Stufung von Gottvater-Landesvater-Familienvater. In diese Tradition ist die Bundesrepublik Deutschland eingetreten und hat das Gnadenrecht demjenigen demokratischen Amt zugeschrieben, das am stärksten noch in der Tradition der Monarchie steht, nämlich dem Bundespräsidenten. Die Kollegen des „Richters Gnadenlos“ wollten auch nicht Gnade üben, sondern z. B. Gesichtspunkte der Resozialisierung stärker in Urteile einbringen.*

Hier ist also eine Verwirrung zu konstatieren, aber jedenfalls bleibt die Forderung nach präziser Angemessenheit von Urteilen als Mittelding zwischen zu hart und zu weich.

Willkür. Ähnlich schwierig ist der Vorwurf der Willkür. Willkür kann verstanden werden als die Übersteigerung des eigenen Machtbewusstseins bis zur bedenkenlosen Urteilsfindung. In dieser Fassung spielt der Willkürvorwurf gegenüber der Justiz in der derzeitigen bundesrepublikanischen Gesellschaft keine große Rolle. Die Bedenkenlosigkeit verstanden als ein Nicht-Nachdenken kann in einer stressgeplagten Umwelt viel häufiger vorkommen. Auch aus der Richterschaft sind häufig Klagen zu hören, man komme nicht mehr zum angemessenen Nachdenken über den einzelnen Fall. Nimmt man das als Gefahr oder Realität ernst, dann stellt sich allerdings ein Anschlussproblem: Nach einer allgemeinen menschlichen Erfahrung denkt jeder bei sich und seinesgleichen denn doch noch ein wenig mehr nach als bei den Problemen Fernstehender. In dieser Fassung ist die Frage nach Willkür auch bezogen auf die derzeitige bundesrepublikanische Justiz interessant. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt Urteile anderer Gerichte deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil sie nicht erkennen ließen, dass der Richter sich in Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgabe mit den Problemen der betroffenen Bürger beschäftigt hatte.

Klassenjustiz als Verknüpfungspunkt rechtswissenschaftlicher und soziologischer Forschung.

Soziologische Forschung könnte die Richterschaft unter vielerlei Gesichtspunkte untersuchen. Wie steht sie im Spektrum arm/reich, wie verhalten sich in ihr Männer/Frauen. In welchen Eigenschaften und Verhaltensweisen wird das Spektrum Experten/Laien realisiert? Wie verhält sich auf solche Überlegungen das Spektrum der niedrig besoldeten Richter und Berufsanfänger zu den hoch besoldeten Richtern der oberen Instanzen? Unter dem Blickwinkel heutiger Arbeitsmarktverhältnisse und –anforderungen wäre allerdings auch die Frage interessant, welche Besonderheiten bei einer Berufsgruppe festzustellen ist, die im Vergleich zu allen anderen Berufsgruppen bemerkenswerte Ausprägungen aufweist: Hohe Einstiegsgehälter kombiniert mit kurzen Karrieren, sehr geringe Mobilität in räumlicher Hinsicht, sehr wenige Aussteiger aus dem Beruf, sehr wenige Wechsler aus anderen Berufsgruppen jenseits eines Lebensalters von 32 Jahren etc.

Die deutsche Geschichte des Kaiserreiches der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland zwingen dazu, die Diskussion nicht entlang solcher Beobachtungen, sondern in stetiger Auseinandersetzung um Klassenjustiz zu führen. Notwendig ist es aber dazu von Anfang an der Emotionalisierung durch sorgfältige Differenzierungen und begriffliche Klarheit zu entgehen.
Die oben genannten verschiedenen juristischen Bezugspunkte zeigen also, dass der Begriff Klassenjustiz als Bezeichnung einer gesellschaftlichen Erscheinung mindestens vier verschiedene Problemaspekte hat.

Es müssen Differenzierungen müssen gefordert werden, weil die klassischen alten Texte zur Klassenjustiz sie nicht enthalten. Das kann man anhand eines Liebknecht-Textes von 1910 sehen, der als Klassiker zitiert wird:

> *„Wenn wir sehen, woher unser Richterstand sich rekrutiert, so genügt das bereits, um zu kennzeichnen, aus welchem Milieu, aus welchen Auffassungen heraus unsere Richter der Regel nach urteilen werden. Es sind naturgemäß nur die besitzenden Klassen, die für den Richterstand in Frage kommen, schon wegen der teuren Kosten der Ausbildung, wegen der verhältnismäßig niedrigen Gehältern in den unteren Stufen, die das Bedürfnis standesgemäßen Lebens, das dennoch besteht, allein nicht befriedigen können". (Karl Liebknecht, Gesammelte Reden und Schriften, Band 3, Berlin (DDR) 1960, Seite 26 ff. zitiert nach Hubert Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 103).*

Dieses Zitat wäre nicht erwähnenswert, wenn in den nächsten sieben Jahrzehnten mehr an Klarheit über den Begriff Klassenjustiz geschaffen worden wäre. Zur Ehre von Liebknecht muss gesagt werden, dass wohl die Menschen seinerzeit eine reiche Anschauung hatten, was es bedeutete, „aus den Anschauungen heraus" zu urteilen.

Bedeutungen von „Klassenjustiz"

An den Anfang gehört die Bedeutung, die an den Klassenbegriff der marxistischen Tradition anschließt. Klasse ist definiert durch die Stellung der entsprechenden Menschengruppen im Bezug auf die Produktionsmittel. Klasse sind die Sklavenhalter oder die Feudalherren oder diejenigen Eigentümer von Fabriken, Bergwerken, Maschinen etc., die kraft dieses Eigentums in der Lage sind, Herrschaft auszuüben und diejenigen niederzuhalten, die die Arbeit in Fabriken und Bergwerken tun. Sieht man Klassenjustiz so, dann muss man wohl zum Auffinden ihrer Realisierung in der Geschichte bis zu den Patrimonialgerichten der Gutsherren zurückgehen. In den letzten fünzehn Jahrzehnten, die sich in besonderer Weise noch im Bewusstsein der Deutschen von ihrer Geschichte abbilden, waren die Richter zu keinem Zeitpunkt in der gesellschaftlichen Spitzengruppe, die über Produktionsmittel verfügte. Wer Fabriken und Bergwerke hatte, der hatte doch im wilhelminischen Kaiserreich nicht nötig, das mühsame und finanziell beengte Richteramt auszuüben. In der Zwischenzeit ist der Zusammenhang von der Verfügung über Produktionsmittel und der Besoldung nach R 1, R 2, R 3 nur immer schwächer geworden. Die lange schlecht bezahlter Phase in der Karriere eines preußischen Richters im Wilhelminischen Deutschland sorgte seinerzeit dafür, dass der Richterberuf nicht durchlässig war für Angehörige der unteren und mittleren Volksschicht; mit dem Wegfall dieser Behinderung war – grob gesprochen – eine Normalisierung des Richterberufes als gehobener Bürokrat verbunden.

Auf diesen bezogen kann man vier Stoßrichtungen der Forschung ausmachen, die nicht alle zugleich mit dem Ende des Marxismus aus der Geschichte zu streichen sind.

Erstens kann Klassenjustiz bedeuten, dass der Richter im Konfliktfall befangen zu Gunsten der Reichen gegen die Armen judiziert, weil er sich durch seine vergleichsweise hohe Besoldung der Gruppe der Reichen zugehörig fühlt.

Zweitens kann man der Vermutung nachgehen, dass der Richter durch Herkommen, Ausbildung und Einkommen der Mehrheit der Bevölkerung entfremdet wird und über deren Probleme verständnislos judiziert; das kann im Einzelfall für die Betroffenen günstig sein, aber in der Mehrheit der Fälle provoziert das die Anschlussvermutungen, der Richter werde in seiner Verständnislosigkeit auch sinnlose Verletzungen zufügen.

Drittens ist die alte Frage nicht aus der Welt zu schaffen: Wird zu hart geurteilt? Sie betrifft nicht nur das Strafrecht, sondern z. B. auch das Unterhaltsrecht. Sehr viele geschiedene Männer, die finanziellen Unterhalt für ihre Kinder und ihre Frau zu leisten haben, jammern darüber, dass ihnen selbst nicht genug für ein einigermaßen auskömmliches, ihrer Arbeit entsprechendes Leben verbleibe. Dieses Schicksal wird wohl in den Zeiten von Hartz-IV und in der zunehmenden Beanspruchung der mittleren Generation für die Kosten der Pflege der alten Generation eher noch stärkere Diskussionen auslösen.

Viertens ist man auch der Frage nach der militanten staatstragenden Funktion der Justiz nicht enthoben. Man wird sich zwar insofern vorsehen müssen davor, den Kampf der politischen Mehrheiten gegen die politischen Minderheiten immer gleich für Klassenjustiz zu halten. Wenn der Begriff Klassenjustiz nicht völlig denaturiert werden soll, dann muss er mit Klassen oder Schichten zu tun haben. Sieht man z. B. die harte Verfolgung der Angehörigen von KPD und KPD-Nachfolgeorganisationen in der Zeit nach dem KPD-Verbot von 1957 als eigenständigen Beitrag der

Justiz im kalten Kriege an *(vgl. zum politischen Strafrecht dieser Epoche Rudolf Wiethölter, unter Mitarbeit von Rudolf Bernhardt und Erhard Denninger, Rechtswissenschaft, Funkkolleg, Frankfurt 1968, S. 109 ff)*, dann ist damit noch wenig über Schichtrelevanz gesagt. In der Diskussion über Klassenjustiz ist oft mit diesem Wort nur „Politische Justiz" gemeint, und über die inhaltlichen Fragen muss man diskutieren. Dies gilt besonders für die Bundesrepublik. Heute sollte man unbefangener fragen dürfen, wie die bundesdeutsche Justiz in der Adenauer-Ära ihre Rolle im Kampf gegen den Bolschewismus wahrgenommen hat. Die Anwendung von § 826 BGB auf den politischen Streik und das KPD-Verbot in den ersten beiden Jahrzehnten der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland gehören zusammen.

Klassenjustiz im Entwicklungsgang der deutschen Gesellschaft

Nach diesen Vorklärungen kann man einzelne Überlegungen und Forschungsergebnisse zur Klassenjustiz durchmustern. Dabei ist es eine praktische Notwendigkeit, historisch vorzugehen. Die eindrücklichen Beispiele liegen in der Zeit, zu der Liebknecht geredet hat und wer in welcher Abstufung später auch immer zu Klassenjustiz geschrieben oder sonst laut nachgedacht hat, stand im Verdacht, damit bereits die normative und empirische Aussage zu verbinden, seit dem Wilhelminismus habe sich nichts geändert.

Erstes Beispiel:
Als Grundlage für das Weitere mag ein Beispiel dienen, dass hier nach Ebel, *(Friedrich Ebel, Juristische Ausbildung 1986, S. 561)* zitiert wird. Das Reichsgericht hatte 1916 die Revision gegen ein Urteil des OLG Colmar zu entscheiden. Sachverhalt war:

> *Die Parteien haben am 12. April 1904 die Ehe geschlossen. Durch Urteil des Schwurgerichts M. vom 8. Oktober 1912 wurde der Beklagte wegen Straßenraubs zu einer Strafe von 6 Jahren, die er gegenwärtig verbüßt, verurteilt. Die Klägerin erhob wegen der bezeichneten Straftat im November 1912 Klage auf Scheidung aus Verschulden des Beklagten, welcher durch Urteil des Landgerichts stattgegeben wurde ... Das landgerichtliche Urteil wurde durch Urteil des OLG aufgehoben.*

Die reichsgerichtliche Entscheidung referiert:

> *„Das OLG erkennt an, dass in der von dem Beklagten begangenen strafbaren Handlung des Straßenraubs ein Ehr- und unsittliches Verhalten zu erblicken sei, es nimmt aber abweichend von dem Landgericht an, dass hier durch die eheliche Gesinnung der Klägerin nichts zerstört worden sei. Diese Annahme wird einmal damit begründet, dass die Parteien einer Volksschicht angehörten, deren Bildung, Ehrbegriff und Sittlichkeitsgefühl so tief stehe, dass auch schwerere Verfehlungen, insbesondere Eigentumsvergehen, nicht als besonders ehrlos oder unsittlich gelten. Zu dieser Volksschicht sei der Beklagte als gewöhnlicher Ackerknecht und Schäfer zu rechnen".*

Das OLG hat also entgegen dem landgerichtlichen Urteil durchgesetzt, dass die Frau festgehalten wurde in einer Ehe mit dem „Zuchthäusler", der selbst am Ende des Prozesses noch einsaß. Ihrem hartnäckigen Prozessieren bis hin zum höchsten Gericht des Reiches verdankte die Frau, dass die Scheidung möglich wurde. In dieser Zeit, in der sehr viele gewöhnliche Ackerknechte und Schäfer an der Front westlich von Colmar kämpften, judizierte das Reichsgericht:

> *„Ein ... allgemeines Urteil, dass in den gesellschaftlich tiefer stehenden Volksklassen das Ehrgefühl und Sittlichkeitsempfinden so wenig entwickelt sei, dass selbst das schwere Verbrechen des Straßenraubs nicht als der Ehe zerrüttende ehrlose oder unsittliche Handlung empfunden werde, entspricht nicht der Erfahrung und nicht dem Gesetz ... Es kommt hierfür ganz auf das persönliche Empfinden des einzelnen an. Schon aus diesem Grunde muss die Aufhebung des Urteils erfolgen, ganz abgesehen davon, dass auch die Beurteilung von der Anschauung beeinflusst wird, die Parteien gehörten vermöge der Beschäftigung des Mannes als einfacher Ackerknecht und Hirt einer Volksschicht, die an Eigentumsvergehen, insbesondere an Straßenraub, keinen besondern Anstoß nähme".*

In dem Urteil des OLG Colmar klingt ganz diffus das Thema arm/reich an. Ist die besondere Härte, die das Oberlandesgericht gegenüber der Frau übt, dem Umstand zu verdanken, dass sie mit ihrer Heirat die Lebensschuld auf sich geladen hat, nun mit in einer Schicht zu leben, die den Reichtum der Reichen durch Straßenraub bedroht und nicht achtet. Wenn das so wäre, dann wäre das Urteil des OLG Colmar ein Beispiel für die irrationalen Ängste der Reichen im Umgang mit den Armen, denn die Frage, ob die Ehe geschieden werden konnte oder nicht, verändert die weiteren Ausgangsbedingungen für mehr oder weniger Straßenraub im Elsass überhaupt nicht. Jedenfalls in

einer anderen Sichtweise ist das Urteil Klassenjustiz. Auch nach der Entlassung des Straßenräubers aus dem Zuchthaus hatte die Frau durch diese Ehe mit Sicherheit weitere Nachteile zu befürchten, und ihr Ehemann dürfte ihr durch die sechsjährige totale Abgeschiedenheit in einem damaligen Zuchthaus entfremdet worden sein. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts über Sittlichkeit der unteren Volksschichten hat also nicht nur den Charakter einer verbalen Injurie, sondern sie trifft diese Klägerin in ihrer Lebenssituation hart. Es ist ist die Verständnislosigkeit, die die Entscheidung des Oberlandesgerichts bedrückend macht. Die reale Lebenssituation der beteiligten Parteien kommt nicht vor, und das Urteil ist dadurch für die beteiligten Menschen schlimm.

Zweites Beispiel:
Es sei auch nach Ebel *(Friedrich Ebel, Jura 1986, S. 561)* zitiert. Das Reichsgericht beschäftigt sich mit folgendem Sachverhalt:

> *Die Kläger haben im Jahre 1885 von dem Beklagten ein Grundstück gekauft und aufgelassen erhalten, auf welchem, wie sich herausstellte, ein Erbpachtzins von jährlich 124,-- Mark ruhte. Das die Kläger behaupteten, von dieser Belastung hätten ihnen die Beklagten nichts gesagt und seien deshalb gewährleistungspflichtig, hatten die Beklagten im Prozess Zeugen dafür angeboten, dass die Kläger davon Kenntnis gehabt hätten. Das OLG Marienwerder in Ostpreußen hatte eine Vernehmung solcher Zeugen abgelehnt.*

Das Reichsgericht referiert:

> *„Der Berufungsrichter motiviert die Ablehnung dieser Zeugenvernehmung mit der Ausführung: Eine Änderung des Resultats der Beweiswürdigung sei von der Abhörung fernerer Zeugen nicht zu erwarten, da es aus vielfachen früheren Zivil- und Strafprozessen gerichtskundig sei, dass es in der Carthauser Gegend üblich und leicht sei, für ein Geringes falsche Zeugen zur Widerlegung anderer Zeugen zu erlangen, so dass auf derartige Bezichtigungen niemals, vollends kein Gewicht zu legen sei, wenn sich, wie hier, Deutsche und Protestanten einerseits und Polen und Katholiken andererseits gegenüber ständen“.*

Aus der ferneren Begründung des Reichsgerichts wird deutlich, dass diese Aussage des mit der Region vertrauten Oberlandesgerichtsrats die

> *„niedere kaschubische Bevölkerung der Carthauser Gegend“*

betrifft. Das Reichsgericht hat ziemlich emotionsarm geurteilt und moniert, dass der Oberlandesgerichtsrat in Marienwerder doch wohl nicht im Sinne der Logik eine All-Aussage machen konnte. In Leipzig war man der Meinung, dass es nicht sein könne, dass wirklich alle Kaschuben jederzeit zum Meineid gegen Geld bereit seien. Um den Hintergrund zu erschließen sollte man sich zuerst an den Beginn des Romans „Die Blechtrommel“ von Günther Grass erinnern. Er spielt im alten Kaschubien, also einer gottverlassenen Landschaft zwischen dem hinteren Hinterpommern und dem vorderen Ostpreußen. Die Armut und die Zurückgebliebenheit standen in umgekehrter Proportion zu den sozialen Spannungen zwischen Deutschen, Polen, Kaschuben. Die Regierung durch die preußischen Beamten und die Polizei hatte einige Ähnlichkeit der Regierung Indiens durch englische Beamte. In diesem Oben-unten-Verhältnis war es für den Angehörigen der preußischen Bürokratie schlichtweg normal, keinem Kaschuben, Polen, Deutschen in Kaschubien auch nur irgendetwas zu glauben. Das Urteil in Marienwerder wird nach der Aktenlage gefällt, ob es nun gerecht ist oder nicht. Der schwache bürokratische Apparat hat keine Lust und nach eigenen Dafürhalten auch sicherlich keine Zeit, auf die Suche nach einem der wenigen glaubwürdigen Zeugen zu gehen. Hier wird eine Regierungsform sichtbar, in der die Justiz Teil eines Regierungsapparates ist. Die Idee des mündigen, demokratischen Bürgers, der selbst verantwortlich für demokratische Institutionen ist, hatte das Oberlandesgericht Marienwerder nicht erreicht. Man kann sich den Richter gut zusammen mit Kollegen in der Justizkantine vorstellen, wie er das Sprichwort sagt: „Alle in einen Sack stecken, und mit dem Knüppel feste draufhauen – man trifft immer den Richtigen!“ So urteilt der städtische Bürokrat als Vertreter seiner politischen Kaste. An die juristische Öffentlichkeit kam ein solches Urteil allerdings nur, weil auch in diesem Fall die Kläger die Hartnäckigkeit besassen, bis nach Leipzig zu prozessieren.

Klassenjustiz als bruchlose Justiztradition?

Entscheidend für die Schwierigkeit, unbefangen über die gesellschaftliche Relevanz des in Richterstellen beschäftigten Personals zu diskutieren, ist die Bruchlosigkeit der Justiztraditionen in den folgenden 100 Jahren geworden. Die Weimarer Republik hat die Richter des Kaiserreiches übernommen und es ist häufig Klage geführt worden, dass diese Richter unter vielfacher Überschreitung der gesetzlichen Vorgaben politisch gegen die Republik gekämpft haben *(vgl. Heinrich*

Hannover, Politische Justiz 1918 – 1933, Frankfurt 1966, passim). In den Selbstzeugnissen von Richtern, die für die breite Mehrheit der Richterschaft sprechen konnten hat Kübler *(Friedrich Kübler AcP 162, 1963, S. 106 ff.)* herausgearbeitet: „Der deutsche Richter war ... um so gesetzestreuer, je autoritärer der Deutsche Staat verfasst war: in dem Maße, in dem das Gemeinwesen sich demokratisierte, wurde dem Richter die Verbindlichkeit des Gesetzes problematisch. Nur ganz wenige Richter haben die Justiz verlassen, weil sie nach 1933 in keiner Weise mehr die Idee der Gerechtigkeit entsprach. Zu diesem Thema nur ein Hinweis. Der erste große Massenmord, nämlich die Tötung von 99 Menschen, die unter dem Stichwort „Röhm-Putsch“ in die Geschichte eingegangen ist, wurde anschließend durch Gesetz im Reichsgesetzblatt zur Staatsnotwehr erklärt *(dazu ausserordentlich lesenswert: Otto Gritschneder, „Der Führer hat Sie zum Tode verurteilt…“ – Hitlers „Röhm-Putsch“-Morde vor Gericht, München 1993)*. Eine solche Konstruktion, die alle Maßstäbe der juristischen Dogmatik durcheinander wirbelt, belegt, dass es nicht die professionelle Ausrichtung auf das positive Recht war, die die Richter zu Dienern des nationalsozialistischen Staates hat werden lassen. Die anschließende Übernahme beträchtlicher Teile der nationalsozialistischen Justiz in die Justiz der Bundesrepublik Deutschland ist vielfach belegt. Es fehlt also ein historischer Einschnitt, an dem man fest machen könnte, dass die alten Vorwürfe gegen die Justiz gegenstandslos geworden sind. Mit dieser Gegebenheit muss jeder rechnen, der sich dem Thema der gesellschaftlichen Relevanz des Personals der Justiz neu stellen möchte.

Die erneute Diskussion um Klassenjustiz und ihr jetziger Stand

Die 60iger Jahre des 20. Jahrhunderts lassen sich durch einige Stichworte ins Gedächtnis rufen: Die Ulmer Prozesse, in denen Präsenz und Akzeptanz nationalsozialistischer Mörder in der aktuellen Gesellschaft offenbar wurde; die Notstandsgesetze, anhand derer Leistungsfähigkeit von Demokratie umstritten wurde; der Vietnam-Krieg, anhand dessen die moralische Integrität des Bildungsbürgertums in Frage gestellt wurde; die Unruhen an den Hochschulen, die sich gegen Irrrationalität der Ordinarienherrschaft wandte. In diese Zeit der Konfrontationen fallen neue Forschungen zum Sozialprofil der Richter und neue Interpretationen. Die einschlägige Primärliteratur ist bei Rehbinder *(Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, 3. Aufl., S. 176, Fußnote 7)* nachgewiesen *(vgl. ferner Walther Richter, zur soziologischen Struktur der Deutschen Richterschaft, Stuttgart 1968, S. 3, Fußnote 6).* Für die Diskussion des Ansatzes und seiner Leistungsfähigkeit eignet sich besonders die Datenerhebung und Präsentation in der genannten Schrift von Richter. Dieser hatte für die Arbeit, die von den seinerzeit hoch angesehenen Professoren Schelsky und Tenbruck unterstützte Arbeit von den Präsenten vom Oberlandesgericht Daten aus dem Personalbogen der Richter zur Verfügung gestellt bekommen, nämlich:

> *Geburtsjahr, Geburtsort, Geschlecht (allerdings nicht immer angegeben),*
> *Familienstand (ledig oder verheiratet),*
> *Beruf des Vaters, Beruf des Schwiegervaters,*
> *Berufstätigkeit des Ehegatten, Beruf des Ehegatten,*
> *Jahr des Referendarexamens,*
> *Jahr der Assessorprüfung und Einstellung in den Justizdienst,*
> *evtl. Jahr der Ernennung zum Richter auf Lebenszeit,*
> *Zeit der Kriegsteilnahme und der Gefangenschaft,*
> *Militärischer Dienstgrad.*

Diese Datenbasis erlaubte Vergleiche zu einer wenige Jahre zurückliegenden, ähnlich strukturierten Untersuchung. Die stärkste Beachtung hat die Bestimmung der Herkommensschicht der einzelnen Richter gefunden. Diese basiert auf einer Veröffentlichung von 1958 und umfasst vier Gruppen.

> *1. Obere Mittelschicht: Freie Berufe, Beamte des höheren Dienstes, selbständige Geschäftsleute mit größerem Betrieb, leitende Angestellte, Beamte des gehobenen Dienstes;*
>
> *2. Untere Mittelschicht: Beamte des mittleren und einfachen Dienstes, selbständige Gewerbetreibende und Handwerker, mittlere und einfache Angestellte, selbständige und mithelfende Familienangehörige in Land- und Fortwirtschaft;*
>
> *3. Obere Unterschicht: Gelernte Arbeiter, Facharbeiter, abhängige Handwerker;*
>
> *4. Untere Unterschicht: Angelernte und ungelernte Arbeiter in Fabriken und Werkstätten, angelernte und ungelernte Arbeiter in persönlichen Diensten, abhängige Beschäftigte in Land- und Fortwirtschaft (Walther Richter a.a.O. S. 11).-*

Die Schwierigkeit, die der Autor speziell mit der interessanten Gruppe der Beamten des gehobenen Dienstes hat, hat er präzis ausgewiesen.

Man kann nun in einer solchen Entfaltung von Untersuchungskategorien eine lange Liste von Problemen aufmachen. Wo bleiben in den Kategorien die nach oben herausragenden einzelnen Vätern von Juristen, wo bleiben die nach unten herausragenden, also Juristen, denen ihr Vater unbekannt geblieben ist oder deren Vater Stadtstreicher oder Geisteskranker in einer geschlossenen Anstalt war. Eine andere Frage: Wie entgeht man der Gefahr, auf geschönte Daten hereinzufallen, weil die Bewerber um Richterämter im Zweifel den Beruf ihres Vaters eher mit wohlklingenden Worten angegeben haben? Wie sollte der um Objektivität bemühte Datenlieferant seinerseits zuverlässig wissen, ob sein Vater im Sinne der Untersuchung „leitender Angestellter" oder „mittlerer Angestellter" war? Gegen alle Einwände dieses Typs kann man sich immer nur auf das sog. „Gesetz der großen Zahl" berufen *(Walther Richter a.a.O. S. 12).* Diese Berufung ist aber zureichend, weil es keine Belege für starke strukturelle Verzerrungen gibt. Auf dieser Datenbasis kommt man z. B. zu der Aussage, dass „die obere Mittelschicht, die nach Jannowitz 4,6 % der Bevölkerung ausmacht, 62,7 % der Richter stellt, d. h. mehr als vierzehn mal so viel, als dem Anteil dieser Schicht an der gesamten Bevölkerung entspricht" *(Walther Richter a.a.O. S. 13).* Vielleicht würde die Aussage graduell richtiger, wenn man formulierte: Dass die obere Mittelschicht ungefähr 5 % der Bevölkerung ausmacht, und dass sie ungefähr 60 % der Richter stellt. Die Aussage bleibt.

Zusammenfassend kann man sagen, dass der ganz überwiegende Teil der einschlägigen Forschungen dem Standard sozialwissenschaftlicher Methodenlehre genügt.

Unterschiede zwischen Richterschaft und der übrigen Bevölkerung

Die Forschungen der 60iger und 70iger ergaben dabei, dass die Richterschaft überproportional aus der oberen Mittelschicht stammt, aus geordneten Familien, das die überproportional geordnete Familienverhältnisse zur Zeit der Ausübung ihres Berufes hat, dass sie eher aus städtischen und kleinstädtischen Milieu stammt, dass die Orientierung auf Besitz und Bildung stammt. Die Richter genauso wie bis heute die Richterinnen stammen nicht aus der Mitte des Volkes und ihre Lebensformen sind nicht die Lebensformen der breiten Bevölkerungsschicht. Es lohnt hier nicht, die veralteten Daten zu referieren, weil man bei ihrer Fortschreibung bis in die Gegenwart des Jahres 2005 doch auf Recht weiträumige Schätzungen angewiesen wäre. Aber es wären Schätzungen, nicht nur Vermutungen.

Diese Schätzungen wären gefährlich in dem Sinne, dass sie sehr stark Missverständnissen ausgesetzt sein können. Diese Missverständnisse, nämlich die Emotionalität in der Abwehr des Vorwurfs der Klassenjustiz, sind selber ein bemerkenswertes Phänomen. Deshalb sei ein typisches Verhältnis von Aussage und Kommentar zu diesem Thema dokumentiert. In einem klassischen Text hat Ralf Dahrendorf 1960 gesagt:

> *„Doch fällt auf, dass selbst bei gleichen Rekrutierungsmustern die Distanz zu Unterschichten nicht bei allen funktionalen Eliten gleich ausgeprägt ist oder gleich folgenschwer ist: Der Unternehmer, der Arzt, in geringerem Maße auch der Lehrer, kennt Menschen aus allen Schichten mit ihren Stärken und Schwächen, auch wenn er selbst aus der Oberschicht stammt. Mag auch für sie die Gesellschaft halbiert sein, so bleibt sie doch in allen ihren Teilen eine Realität. Bei den Richtern gilt dasselbe vielfach nur im Hinblick auf die straffällig gewordenen Mitglieder der Unterschicht. Wenn es auch übertrieben wäre, aus diesen Annahmen auf eine ‚Klassenjustiz' im Sinne einer Rechtsprechung aus dem Interesse der herrschenden Klasse zu schließen, so drängt sich doch die Vermutung auf, dass in unseren Gerichten die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekannte andere Hälfte zu Urteilen befugt ist" (Ralf Dahrendorf, Gesellschaft und Freiheit, zur soziologischen Analyse der Gegenwart, München 1961, Nachdruck von Hamburger Jahrbuch für Wirtschaft- und Gesellschaftspolitik 5, 1960; im erstgenannten Titel S. 195).*

Bei Rehbinder wird diese Stelle referiert:

> *„Auf der Grundlage sozialstatistischer Erhebungen ... formulierte damals Ralf Dahrendorf den Vorwurf der Klassenjustiz erneut ..." (Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl. S. 176).*

Hier wird die Aussage Dahrendorfs so vergröbert, dass der Leser die Lust zu genauerem Nachdenken verliert.

Von den Folgeforschungen liest man bei Rehbinder im Anschluss, dass *„Kaupen und Rasehorn oft weniger auf Erkenntnis aus waren als auf die Diffamierung" (Manfred Rehbinder, a.a.O.).* Auch diese Stelle lässt sich als ein Beispiel für eine Immunisierungsstrategie interpretieren. Um den Vorwurf der Klassenjustiz braucht man sich nämlich nicht zu bekümmern, weil diejenigen, die ihn erhoben, von bösen Absichten getrieben wurden.

Die aktuelle Diskussion: Nicht Klasse oder Schicht, sondern Profession steuert?

Wer die klassische These von der Klassenjustiz vertreten will, müsste eine Schlusskette verfolgen, die bei den Urteilen endet, und deren vorausgehende Glieder zurückreichen bis z. B. zur Herkunft der einzelnen Mitglieder der Richterschaft. In jedem einzelnen Glied der Kausalkette gibt es nun keine 100%igen Zuordnungen und es gibt beträchtliche Interpretationsspielräume. Gerade das sollte Anlass zu genauerer Forschung sein.

> *Wie leicht man selbst bei einer scheinbar unbefangenen Darstellung zu bedenkenswerten Interpretationen kommt, sei an einem Exempel vorgeführt. Bei Richter liest man: Es „zeigt sich, dass keine Richterin aus einer Unterschicht stammt, dass dagegen der Anteil der oberen Mittelschicht um 50 % höher liegt als bei den männlichen Richtern, d. h. für die Frau aus den Unterschichten hat der richterliche Beruf kaum Anziehungskraft. Frauen, die studieren und aus den Unterschichten stammen, werden sich mit Vorliebe anderen akademischen Berufen zuwenden“ (Walther Richter a.a.O, S. 13). Die Aussage ist zwar sehr alt, aber sie dürfte noch heute zum Teil richtig sein: Richterinnen stammen selten aus der Unterschicht; damit steht im Einklang die verbreitete Annahme, dass Aufsteigerinnen aus der Unterschicht eher Berufe wie Hauptschullehrerin oder Betriebswirtin ergreifen. Aber konnte man damals, oder könnte man heute, aus den Zahlen auf die „Anziehungskraft“ des richterlichen Berufes schließen? Diese changierende Wort suggeriert, es läge an den Frauen, dass sie den Karriereweg zur Richterstelle nicht einschlagen. Man könnte auf der Basis der gleichen Daten die Situation so interpretieren: Die jungen Frauen aus der Unterschicht haben sehr wohl den Wunschtraum, Richterinnen zu werden, aber das lange Studium mit seinen hohen Durchfallquoten bei einzelnen Klausuren und beim Examen und die Kosten des Repetitors schrecken Frauen aus der Unterschicht aus rationalen Gründen noch stärker ab als Männer. Für die Zeit, in der Richter seinen Interpretationssatz formulierte, wird man sicher auch noch hinzufügen müssen: Eine vom Verbindungswesen geprägte deutsche Rechtsfakultät war für die Frauen der Oberschicht immer noch graduell wesentlich durchlässiger im Studium wie in der anschließenden Berufswahl als für die Frauen der Unterschicht.*

Die herrschende Meinung in der rechtssoziologischen Literatur meint, dass das Entscheidungsverhalten der Richter nicht idealistisch als reine Folge von vorgegebenen Normen und intellektueller Tätigkeit nach den Regeln der juristischen Methodenlehre zu sehen sei, sondern das sehr wohl berufsbezogene Erklärungsmuster, also z. B. Faktoren der Gerichtsorganisation wie die Stellung in der Gerichtshierarchie, Leistungsbeurteilungskriterien und Karriereaussichten und das Umfeld des Gerichtes steuerten. Dabei stützt man sich sehr stark auf die Monographie von Werle: Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter, 1977, die auf einer riesigen und schwierigen Datenbasis tendenziell zu den Aussagen kommt, für die sie von der rechtssoziologischen herrschenden Meinung in Anspruch genommen wird.

Diese Meinung muss jedoch hinterfragt werden. Wenn es richtig ist, dass die Gerichtsorganisation mit ihren apparatsspezifischen Beurteilungskriterien stärker steuert als Herkunft und sozialer Stand des Richters, was sagt das über die Justiz in ihrer Entwicklung des letzten Jahrhunderts aus? Die Justiz der Wilhelminischen Ära war im Sinne der sozialdemokratischen Kritik eine Klassenjustiz, die Justiz der Weimarer Zeit war antidemokratisch, die der Nazizeit durchaus systemkonform, und wie ist die Geschichte weiter zu interpretieren? Wenn die Gerichtsorganisation und die weiteren Randbedingungen des professionellen Handels so wichtig sind, dann muss auch gebührend Beachtung finden, dass sich an der Konstruktion der Instanzenzüge, den Arbeitsformen der Einzelrichter, Kammern und Senate, an der Relationstechnik und am Schreiben der Voten über viele Jahrzehnte hinweg ganz wenig geändert hat.

Für diese Debatte hat die Untersuchung von Rottleuthner *(Hubert Rottleuthner „Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit“ von 1984)* großen Einfluss gehabt. Sein Ergebnis war, dass er keinen Einfluss von richterlicher Einstellung, politischer Gesinnung oder Herkunft auf das Entscheidungsverhalten von Arbeitsrichtern nachweisen konnte. Basis waren 20 Sitzungstage von 35 Berliner Arbeitsrichter. Die entscheidende Katalogisierung war die Zählung von „arbeitnehmerfreundlichen“ oder „arbeitnehmerfeindlichen“ Urteilen. Ein wichtiges Element des sozialen Hintergrundes des Richters wurde darin gesehen, ob er Gewerkschaftsmitglied war oder nicht. Es kam zur Ergebnisformulierung, dass „der soziale Hintergrund und andere gerichts-externe Merkmale der Richter (Meinungen, Einstellungen, Gruppenzugehörigkeiten) aus ihrer beruflichen Tätigkeit ... erfolgreich ausgeblendet werden können“ *(Hubert Rottleuthner a.a.O. S. 346).*

Genauso voreilig ist es, die vorhandene oder fehlende Gewerkschaftsmitgliedschaft von 35 Berliner Arbeitsrichtern zu einer fundamentalen Aussage über die Richterschaft zu machen.

> *Dazu nur eine, wenn gleich nicht sehr naheliegende Hypothese: Könnte es nicht sein, dass zu jenem Zeitpunkt im alten sozialdemokratischen Filz von West-Berlin Arbeitsrichter meinen konnten, eine ausgewiesene Gewerkschaftsmitgliedschaft sei karrierefördernd? Wenn dem so gewesen sein sollte, dann hätten die Urteile arbeitnehmerunfreundlicher Karrieristen möglicherweise die Urteile arbeitnehmerfreundlicher und außerdem noch gewerkschaftlich organisierter Richter aufgewogen.*

Im Ergebnis jedenfalls ist die Meinung, dass z. B. die Herkunft der Richter keinerlei Einfluss auf ihr Entscheidungsverhalten habe, in dieser Zuspitzung und Verabsolutierung genauso wenig belegt, wie die Meinung, man müsse nur das Jahreseinkommen des Vaters des Richters kennen, um zu wissen, wie er in einem aktuellen Streit eines armen mit einem reichen Mitbürger entscheidet.

Offene Probleme

So, wie die rechtssoziologische Forschung zur Richterschaft und der politischen Randbedingungen plötzlich sehr intensiviert wurde, so scheint sie mit dem Ende der 70iger Jahre versickert zu sein. Man muss in der Tat genau hinschauen, um die noch offenen Rechnungen und neueren Forschungen zu sehen.

Eine offene Rechnung im Sinne dieser Überlegung ist die Tatsache, dass der Beweis nicht geführt worden ist, es bestehe kein Zusammenhang zwischen der sozialen Stellung des Richters und seinen Urteilen. Im Gegenteil. Es gibt die Untersuchung von Hilden *(Hartmut Erich Hilden, Rechtstatsachen im Räumungsrechtsstreit, Frankfurt-Main 1976)*, deren Ergebnis lautet: Richter, die selbst Mieter sind, entscheiden mieterfreundlicher als diejenigen Richter, die Eigentümer eines Hauses oder einer Eigentumswohnung sind. Dieses Ergebnis deckt sich mit der generellen Erfahrung, dass Menschen auch durch ihre eigene ökonomische Situation in ihren Urteilen über die Umwelt befangen sind. Selbstverständlich belegt die Untersuchung von Hilden nicht die These der Klassenjustiz. Dass Richter in einem Haus wohnen, das ihnen gehört, sagt noch nicht, dass sie reich sind oder dass sie Produktionsmitteleigentümer sind. Das Ergebnis von Hilden ist eine statistische Verschiebung, die statistisch signifikant ist, aber nur eine Einflussgröße unter anderen Einflussgrößen sein kann.
Es ist nun eine wissenschaftliche Forderung, dass man mit solchen Ergebnissen richtig umgeht.

> *Bryde hat z. B. das Ergebnis von Hilden (Brun-Otto Bryde a.a.O. S. 142) kommentiert und dabei vermutet, dass eher der Kenntnishorizont als der Interessenstandpunkt der urteilenden Richter von Bedeutung ist, weil Richter, die zugleich Haus- oder Wohnungseigentümer sind, die Argumentationstricks anderer Vermieter im Räumungsstreit besonders gut bewerten könnten. Eine solche Überlegung verlangt weitere Diskussion. Trifft es zu, dass die Vermieterseite in relevantem Umfang mit Argumentationstricks arbeitet, und trifft es zu, dass die Argumentationstricks der Vermieterseite ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien schaffen und die Mieterseite nicht in gleichem Umfange erfolgreich mit Argumentationstricks arbeitet? Das hat keine Plausibilität.*

Mit der gebührenden Vorsicht wird man deshalb weiter fragen müssen: Wie wirkt es sich aus, dass die Richter als Lebenszeitbeamte die existenzielle Bedrohung durch Arbeitslosigkeit und Niedriglohn nicht am eigenen Leib erfahren, die für viele Konflikte um Unterhalt und Konsumgüter konstitutiv sind?
Weitere Beachtung verdient auch der Umstand, dass der Grad der Einlässlichkeit der richterlichen Arbeit auf die Ergebnisse Einfluss hat *(für den Arbeitsgerichtsprozess s. Hubert Rottleuthner u. a., referiert und kommentiert bei Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 361 f.).* Der Arbeitnehmer wird umso besser geschützt, je mehr der Richter seinerseits Fakten erfragt und Überlegungen einbringt. Dazu passt die Untersuchung von Egli *(Urs Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozess – eine rechtstatsächliche Untersuchung, Berlin 1996).* Der Richter, der seinen eigenen Arbeitsdruck als Vergleichsdruck an die Parteien wiedergibt, wird regelmäßig der Verhandlung schwächeren Partei die größeren Konzessionen zumuten *(Egli, a.a.O. S. 133).* Eine überlastete Justiz, die scheinbar nur der apparatinternen Anforderung hoher Erledigungszahlen genügt, hat andere soziale Wirkungen, als eine Justiz, die Zeit genug hat, kompensatorische Arbeit in ungleichen Verhandlungssituationen zu leisten.
Geht man davon aus, dass Hintergrundfaktoren für die Rechtsprechung sich nicht als Forschungsthema erledigt haben, dann sind zwei gesamtgesellschaftlich zentrale Daten für die Juristen und Richterschaft als Randbedingung wichtig. Die Untersuchungen der sog. PISA-Studie haben herausgestellt, dass in Deutschland ein besonders starker Zusammenhang zwischen Herkunftsfamilie und Studienerfolg besteht. Wer aus gutem Hause stammt, hat in der Bundesrepublik auch heute noch deutlich bessere Chancen, das Hochschulsystem erfolgreich zu durchlaufen als derjenige, der sich als Aufsteiger durchkämpfen muss. Dabei geht es nicht nur um das

Hochschulstudium, denn mit zunehmendem Konkurrenzdruck werden kleine Positiva zu einem Syndrom sich gegenseitig hochschaukelnder Karrierechancen. Auch ohne entsprechende tatsächlich Untersuchung lässt sich sagen, dass eine Austauschschülerschaft - möglichst in den USA - , der Besuch einer privaten Hochschule, der von den Beziehungen der Eltern vermittelte Zugang zu guten Praktika und schließlich die Promotion im Zusammenspiel dafür sorgen werden, dass eine günstige Herkunftsfamilie den entscheidenden kleinen Vorsprung auf der Karriereleiter sichert *(zur Promotion in der längerfristigen bundesdeutschen Tradition s. Frank Thieme, Die Konservierung des Juristenmonopols in bundesdeutschen Teileliten, Soziale Welt 1990, S. 517, 520; danach ist der Prozentsatz der Jura-Studierenden aus der Oberschicht, die promovieren wesentlich höher als der Prozentsatz derjenigen aus den Unterschichten).*

Überlegungen zur langfristigen Entwicklung

Es wird noch darauf zurückzukommen sein, dass es starke innere Stabilisierungen der Richterschaft wie der Juristenschaft überhaupt gibt. Es spricht viel dafür, dass die Richterschaft noch längere Zeit in Herkunft und in ihrer jeweiligen aktuellen Position soziologisch der oberen Mittelschicht verhaftet bleiben wird. Ob diese Daten aber weiterhin mit den Meinungen und Einstellungen in hoher Übereinstimmung stehen werden, die nach der älteren Justizforschung die besonderen Eigenschaften der Richter und Juristen ausmachen sollten, das ist fraglich. Wenn Kaupen, *(Wolfgang Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, 1964, S. 214 ff.)* im Groben ein Bild der Juristen zeichnet, die risikoscheu, obrigkeitshörig, ideologisch und sozial verspätet sind, so gehören solche Aussagen in eine Zeit, in der man mit einer juristischen Ausbildung den Richterberuf erreichen konnte. Wer die genannten Eigenschaften hatte, der konnte seine Karriere so steuern, dass er vom Justizsystem rekrutiert wurde.

Diese Voraussetzungen haben sich, worauf Bryde, *(Brun-Otto Bryde, Juristensoziologie, in: Horst Dreier, hrsg, Rechtsoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2000, S. 137 ff.)* zu Recht hinweist, gründlich geändert. Wenn die juristische Ausbildung von einer sehr, sehr viel größeren Zahl von Frauen und Männern durchlaufen wird, dann wird ein sehr viel geringerer Prozentsatz von ihnen den Richterberuf real ergreifen können. Wegen der hohen Sicherheit bei passabler Bezahlung wird also eine sehr große Gruppe von jungen Menschen um die obersten Prozentziffern im Ranking konkurrieren. Nimmt man hinzu, dass Examina unverändert ein gewisses Glücksspielelement enthalten, dann hat es kein Mensch in der Hand, ob er nun zufällig am Ende der acht oder neun Jahre nach dem zweiten juristischen Staatsexamen derjenige sein wird, der eine der wenigen Richterstellen bekommt. Auf der Basis rationaler Entscheidungen können nur Menschen die juristische Ausbildung beginnen, die entweder Rechtsanwalt werden wollen oder zumindest bereit sind, sich auf Berufsfelder mit wirtschaftlicher und arbeitsteiliger Orientierung einzulassen. Die Überlegungen sprechen dafür, dass sich langfristig die Besonderheit der Richterschaft im Verhältnis auch zu anderen Teilen der juristischen Profession zurück entwickelt. Allerdings sind solche Zukunftsaussagen unsicher, weil die Rekrutierungsregeln bei der Neubesetzung von Richterstellen für den politischen Zugriff recht offen sind. Sollte z. B. ein Bundesgesetzgeber den Einfall haben, einige Jahre anwaltlicher Berufserfahrung für den Richterberuf zur Voraussetzung zu machen, so würde das eine ganz neue Situation schaffen. Es wäre offen, ob durch eine solche – in der juristischen Öffentlichkeit hin und wieder geforderte – Veränderung die Richterschaft volksverbundener würde.

Kap. 8

Laienrichter an der Grenze zwischen Rechtssystem und Außenwelt

Das Konzept der Darstellung

Wenn man in einem Staate die Entscheidung von Konflikten unter den Bürgern den studierten Juristen überträgt und nicht dem Nachbarn und nicht Hinz und Kunz, dann muss die Entscheidung durch den studierten Richter in irgendeiner Weise besser und richtiger sein als jede andere. Wenn man in den USA den Geschworenen, die nicht Jura studiert haben und nicht auf Dauer den Justizinstitutionen angehören, die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten allein und unter Ausschluss von studierten Richtern überträgt, dann muss diese Entscheidung der Laien in irgendeinem Sinne richtiger und besser sein als diejenige von Berufsrichtern. Wenn man in einem Land wie Deutschland in verschiedenen Gerichtszweigen und in verschiedenen Instanzen studierte Richter und Laienrichter in wechselndem Mischungsverhältnis zusammen arbeiten lässt, dann muss auch dieses Gründe haben. Gründe im Sinne des letzten Satzes können nicht nur Rechtsargumente sein, sondern es muss sich um Vorteile handeln, die in der gesellschaftlichen Realität von den Bürgern des Landes als solche erfahren oder angenommen werden.

Schon in dieser ersten abstraktesten Problemskizze wird deutlich, dass das Konzept des Laienrichtertums und seine Realisierung ein wichtiges Thema der deutschen Rechtssoziologie sein müssen. Die Analyseschritte und Referate im Folgenden sind so angelegt: Das heutige Laienrichtertum ist nur verständlich aus bestimmten Traditionen *(vgl dazu Klaus Moritz, Das französische Arbeitsgericht – Gerichtsverfassung und Verfahrensrealität eines Laiengerichts, Berlin 1987, S. 26 ff.).* Die normativen Konzepte sind entwickelt worden für gesellschaftliche Zustände, aus denen heraus sie als rechtlich richtige Konzepte verständlich sind. Insofern muss man an diesem Beispiel wiederholen, was oben bereits zur Ungleichzeitigkeit gesagt worden war. Wenn man sich die alten Ansatzpunkte für den Einsatz von Laienrichtern verdeutlicht hat, dann kann man in einem zweiten Schritt die Aktualität der Institution näher beleuchten. In einem dritten Schritt lässt sich danach fragen, ob die Laien als Einschlussgröße auf justizinternes Geschehen relevant sind. Zu fragen wird dann auch sein, nach welchen Kriterien ihr reales Wirken zu beurteilen ist und wie diese Beurteilung ausfällt.

Als Vorblick sei in zynischer Kürze formuliert: Laienrichter nützen der Idee der Volksverbundenheit der Justiz nicht viel, aber sie stören die Tätigkeit der Justizmaschinerie wenigstens nicht.

Laienrichtertum als Ausdruck gesellschaftlicher Entwicklungszustände

Entwicklungszustand Ende des Feudalismus:
Die deutsche Vorstellung von dem, was Recht ist und wie Recht in Apparaten werden soll, hat sich sehr stark anhand der Entwicklung in Preußen herausgebildet. Die Geschichte um den Müller Arnold ist eine Geschichte, die für Deutschland so wichtig ist wie die römischen Rechtsgeschichten, wie Fögen *(Marie-Theres Fögen, Römische Rechtsgeschichten, 2. Aufl. Göttingen 2003)* zum Gegenstand der Analyse gemacht hat. Die Müller-Arnold-Geschichte lernt jedes Kind in der Schule. Da agiert Friedrich der Große wie absolutistische Herrscher das europaweit sonst sicher auch zu tun gewohnt war: Irgendwelche seiner Untertanen – in diesem Falle Richter – verhielten sich nicht so, wie er, der Monarch, dies wollte. Er kommandierte und er bestrafte mangelnden Gehorsam *(Malte Dießelhorst: Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen. Göttingen 1984)*. Die Aufmerksamkeit, die Müller Arnold von dann an durch die ganze deutsche Geschichte bis in die Aktualität hinein gefunden hat, erklärt sich aus den hier paradigmatisch sichtbar werdenden Positionen der Kräfte des Beharren und des gesellschaftlichen Fortschritts. Die Richter nämlich sind nicht die bloßen Kreaturen des absoluten Monarchen, die sich selbstverständlich beeilen, ihrem König zu Willen zu sein. Der König seinerseits scheint in jenem Konflikt gelernt zu haben und er hat wohl von dann ab Respekt vor der Justiz gezeigt. Nun war der Vorzeigefall die aufgeklärten Monarchie sicherlich nicht die Normalität der deutsche politischen Verhältnisse im 18. Jahrhundert. Auch die Wirren der napoleonischen Kriege und die Zeit der Restauration trugen wohl dazu bei, dass erst im 19. Jahrhundert die Frage nach dem Verhältnis von Bürgertum und Feudalherrschaft eine allgemeine wurde.

Das Laienrichtertum ist historisch mit dem Problem verbunden, durch welche Institutionen sich das Bürgertum vor der tendenziellen Willkür des absoluten Monarchen sichern kann. In erster Linie wird durch eine Konstitution verbürgt, dass der Monarch als traditionelle Ordnungsmacht und das Bürgertum auf Dauer in Frieden den ökonomischen Fortschritt vorantreiben. Aber eine vom Fürsten

beherrschte Justiz verbreitete besondere Unsicherheit für die Bürger, weil sie in den gesellschaftlichen Auseinandersetzungen fallweise viel präsenter war, als z. B. die Armee, die in großen Zeitabständen Anlass hatte, einen Aufstand niederzuschlagen. In einer solchen gesellschaftlichen Situation muss das aufkommende Besitz- und Bildungsbürgertum dem Monarchen die überkommene Vorherrschaft im Justizapparat zu entwinden suchen. Das geschieht in dem sog. Kampf um das Geschworenengericht. Die Beteiligung der Bürger als Richter im Strafgericht konnte verhindern, dass die Fürstendiener als Berufsrichter ihrem Herrn mit jedem Urteil strikt zu Diensten stand. Man konnte auch ein Konzept verfolgen, dass eine schwache Ähnlichkeit mit der heutigen amerikanischen Jury hat. Die Bürger konnten nicht durchlaufend den gesamten Justizapparat kontrollieren, sondern musste eine gewisse Notbremse einführen. Wenn die Jury die Schuld eines Angeklagten verneint, den der Richter – unausgesprochen – für schuldig befunden hat, dann ist das Ergebnis dasjenige, das die Jury gewollt hat. Laien in der Strafjustiz lösen also ein bestimmtes Problem einer Epoche. Diese Problemlösung hat weiterhin die Eigenschaft, mit anderen Entwicklungzuständen anderer Teile der Gesellschaft kompatibel zu sein. Die Präsenz der Schöffen in den deutschen Strafgerichten steht jedenfalls für ein Konzept staatlicher Institution, von dem man sich nicht verabschieden musste. Es gab im Kaiserreich, in der Weimarer Zeit und auch in der Bundesrepublik Deutschland keinen Grund, ein anderes Konzept an dieselbe Stelle zu stellen.

Entwicklungszustand Sieg des Bürgertums in der Ökonomie:
Handelsrichter stehen für eine andere Frontstellung mehr gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Das Bürgertum hat in Deutschland nie einen vollständigen Sieg errungen. Die Vorherrschaft des Bürgertums wurde in Ökonomie und Bildung ausgebaut, während die Achse Kaiser/Armee bis in die letzten Tage des ersten Weltkrieges hinein als solche funktioniert hat. Zu einer so beschaffenen Gesellschaft gehört es, dass die gruppeninternen Konflikte jeweils nach den Regeln der gesellschaftlichen Teilbereiche entschieden wurden. Wenn es denn massive Konflikte zwischen Offizieren der Armee gab, dann blieb letztendlich nur das Duell. Dieses wurde im Strafgesetzbuch dementsprechend fürsorglich respektiert. Das Bürgertum wollte einerseits die Sicherheit eines im römischen Recht fundierten juristischen Urteils, es wollte aber andererseits die Macht der Konfliktentscheidung dem gelehrten Juristen nicht restlos überantworten. Die Lösung dieses Konfliktes ist die Kammer für Handelssachen, so wie sie bis heute noch besteht. Der Stand der Kaufleute als Exponent eines unternehmerisch tätigen Bürgertums wählt aus seiner Mitte Laienrichter, die dem Juristen ein Urteil überstimmen können. Dass die Handelsrichter dem Berufsrichter dennoch nicht völlig gleich sind, liegt an Detailregelungen, die erst ein näherer Blick zum Vorschein bringt. Wer erfolgreich als Unternehmer tätig ist, will nicht allzu lange von seinem Betrieb ferngehalten bleiben und hat deshalb ein Interesse an der auch noch aktuellen Regelung: Handelsrichter sind in raschem Wechsel tätig. Außerdem wollen die Unternehmer als Handelsrichter auch nicht mit der Gänze der Bürokratie belastet bleiben. Die vorbereitenden und kleineren Entscheidungen bleiben dem Berufsrichter allein.

Entwicklungszustand beginnende Demokratie. Die Arbeitsgerichtsbarkeit konnte erst nach Ende des Kaiserreichs Thema werden. Mit dem Beginn der Weimarer Republik war klar: Die große gesellschaftliche Frontstellung war der Gegensatz des Bürgertums, dass über Besitz und Bildung Verteidigenswerte ökonomische Position inne hatte einerseits und der Arbeiterschaft andererseits. Wenn dieser Konflikt nicht nach dem Vorbild des schrecklichen Unterganges des Zarenreiches ausgetragen werden sollte, dann musste in Verfassung und Einzelgesetzgebung eine Vielfalt von Kompromissen ausgehandelt werden. Für diese Epoche ist die Idee typisch, Betriebsräte als mittlere Ebene zwischen dem Eigentümer der Produktionsmittel einerseits und der Gewerkschaft mit ihren Streikkassen andererseits einzuführen. Dieselbe Idee eines schwierigen Gleichgewichts wird beim Arbeitsgericht verwirklicht: Ein Berufsrichter wird von zwei Laienrichtern umstellt, die ihn überstimmen können. Diese Laienrichter aber sind einerseits von den abhängig Beschäftigten gestellt, andererseits von der Arbeitgeberschaft. Diese politische Frontstellung wird dadurch entkrampft, dass im Instanzenzug weiter nach oben die Berufsrichter dann doch dominieren. Wie schon bei den Handelsrichtern ist also auch hier von Anfang an die Idee erkennbar, dass das Laienelement seine Rechtfertigung auch in der Realitätsferne der juristisch verbildeten Berufsrichter findet. Anders als bei den Handelsrichtern ist aber erkennbar, dass auch die realitätsnahen Laien je nach ihrer gesellschaftlichen Stellung durchaus verschiedene Realität wahrnehmen dürfen. In diesem Bereich hat die Bundesrepublik Deutschland die Vorstellungen der Weimarer Zeit restauriert.

Entwicklungszustand Entfaltung von Demokratie und Gewaltenteilung:
Die Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigt den Stand der Entwicklung der frühen Bundesrepublik. Dass in einem Staate Konflikte zwischen dem Bürger einerseits und der juristischen Person „Staat“ andererseits vor einem Gericht ausgetragen werden müssen, ist keine Idee, die mit Notwendigkeit aus dem Gedanken der Demokratie oder der Gewaltenteilung folgt. Wenn im Rechtsstaat der

Verwaltungsbeamte selbst an das Recht gebunden ist, wieso genügt dann nicht ein interner Kontrollmechanismus? Oder warum muss der Bürger nicht auch in den kleinen ihn betreffenden Entscheidungen mit dem staatlichen Handeln so leben, wie er es in den Wichtigen tut. Wenn die Regierung eines Landes einem anderen Lande den Krieg erklärt, dann wird der Bürger als Soldat eingezogen und verliert womöglich in jenem Kriege sein Leben und er kann nicht durch den Spruch eines Verwaltungsgerichtes bewirken wollen, dass er von jenem Kriege unbehelligt bleibt, z. B. weil er diesen Krieg für völkerrechtswidrig hält. So könnte man sich auch vorstellen, dass nur einige Konflikte zwischen Staat und Bürger einer Kontrolle zugänglich sind, und dann allerdings der zivilgerichtlichen. Daran erinnert auch heute noch die Sonderstellung der Enteignung. Die Bürger, die durch Enteignung um einen Teil ihres Vermögens gebracht wurden, konnten schon lange Schutz bei der Zivilgerichtsbarkeit suchen, die in Fragen des Eigentums schließlich eine gewisse Sachkompetenz hatten. Das Beispiel zeigt nur, dass die großen sozialen Fragen und ihre Beantwortung in dem unter Problem der Einsetzung von Laienrichtern für die Verwaltungsgerichtsbarkeit weniger deutlich auszumachen sind als für die anderen historischen Vorgänger. So kann man annehmen, dass angesichts der Vielfalt der Lebensbereiche, die heute durch staatliches Handeln gesteuert werden sollen, die Frage der Sachkompetenz besonders drängend ist. Dem entspricht auch die Realität, die Klausa 1972 in Westberlin festgestellt hat *(Ekkehard Klausa, Ehrenamtliche Richter – Ihre Auswahl und Funktion –empirisch untersucht 1970, S. 92 f).* Es gab eine stärkere Tendenz politisch interessierte und im Verwaltungsbereich vorgebildete Personen einzusetzen. Die Konfliktkonstellationen sind im Verwaltungsrecht nun einmal unendlich viel vielfältiger als in den anderen Rechtsgebieten. Die Entscheidung darüber, ob ein Schüler sitzen bleibt, ist doch sehr viel anders als die Entscheidung darüber, ob der Bau einer Autobahnbrücke die unter der Brücke lebende Tierwelt hinreichend unbeschädigt lässt.

Entwicklungszustand Durchsetzung des Sozialstaats:
Die Sozialgerichtsbarkeit ist in der Bundesrepublik Deutschland erfunden worden als eine Mischung aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit und aus der Arbeitsgerichtsbarkeit. Das Sozialrecht selbst ist dadurch gekennzeichnet, dass seine Prinzipien höchst selten in der Bundesrepublik diskutiert werden, während es häufig sehr heftige öffentliche Erregungen über die Ergebnisse der Anwendung von Sozialrecht gab. Die eigenartige Situation lässt sich auch am Beispiel der Sozialwahl verdeutlichen. Während die Mehrzahl der Bundesbürger in ihrer Altersversorgung existenziell davon abhängen dürfte, dass es Sozialversicherungsträger als große, seriöse, gut funktionierende Bürokratien gibt, interessiert sich kaum jemand dafür, wie deren Funktionieren durch eine innere Verfassung gewährleistet wird. Dementsprechend sind die Verbindungen zwischen den institutionellen Konzepten und aktuellen gesetzlichen Ausformungen manchmal nicht recht plausibel. Instruktiv ist insoweit das Institut der „Friedenswahl". Auch in der Gerichtsverfassung ist bei den Laienrichtern der Sozialgerichte nicht so klar wie bei den Geschworenen oder Handelsrichtern, auf welche gesamtgesellschaftliche Problematik sie als Antwort dienen soll. In dieser Weise spiegeln sie die Intransparenz des Sozialstaats. Von den ehrenamtlichen Sozialrichtern ist auch am wenigsten in der Literatur zu erfahren.

Laienrichter als Fremdkörper im Justizsystem?

Eine rechtssoziologische Betrachtung zeigt, dass sich heute in der bundesrepublikanischen Justiz die grossen Ausgangsideen selten in Einzelentscheidungen umsetzen. Die Ideen, die zur Einführung von Laienrichtertum geführt haben, sind nicht mehr wirkungskräftig.

Es verbleibt aber das Phänomen einer grossen Gruppe von Richtern, die nicht Professionelle sind. Darauf bezogen stellt sich die Frage: Wie absorbiert das System einen Einfluss, den ein ganz anders ausgebildetes und ganz anders rekrutiertes Personal als Berufsrichter hat? Zur Beantwortung der Frage sind mehrere Gesichtspunkte wichtig.

Zuerst ist daran zu erinnern, dass die normative Ausgangslage den deutschen Laienrichtern keinen eigenen Entscheidungsraum einräumt. Jedes Argument und jede Entscheidung, mit der sie in Prozessen und Beratungen agieren, ist räumlich und zeitlich und intellektuell Teil einer Kooperation. Das Ergebnis bleibt immer in dem Sinne unausgewiesen, dass das Gericht der einzige Akteur ist. Laienrichter, die als US-amerikanische Geschworene die Schuldfrage entscheiden, tun dies nach den Maßstäben, die sie unter Laien entwickeln und dies mit offener Verantwortlichkeit gegenüber der Öffentlichkeit. Weiterhin sorgt in Deutschland das Rechtsmittelsystem dafür, dass „weiter oben" das Laienelement nicht mehr entscheidend sein kann. Über der Kammer für Handelssachen und den Tatsacheninstanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit sind im Instanzenzug Mehrheiten von Berufsrichtern entscheidend. Die implizite Aussage ist deutlich: Die Gefahr, dass ein Berufsrichter von Laien überstimmt wird, wird dort riskiert, wo es um nicht allzu viel geht. Man kann vermuten, dass dieser Umstand bis in die Beratungssituation hinein praktisch werden kann: Wenn es je zu einer

Konfrontation der Laienmeinungen zum Konflikt zwischen Laienmeinung und der professionellen Konfliktentscheidung kommen sollte, so wird der Berufsrichter der untersten Instanz immer geltend machen können, dass die anwaltlich beratenden Parteien im Instanzenzug weiter oben erfolgreich das richtige, nämlich juristisch-professionelle Urteil einfordern werden. Beiläufig sei darauf hingewiesen, dass das Zurücktreten des Laienelements entlang der traditionellen Abfolge Eingangsinstanz/Berufungsinstanz/Revisionsinstanz eine heutige politische Setzung ist. Man braucht nur an Fragen der Substantiierung und der Beweislastverteilung denken, um zu sehen, dass die Laien auch in der Revisionsinstanz beteiligt werden können, und beim Bundesarbeitsgericht ist es der Fall. Es gibt viele wichtige Fragen in jedem Prozess, die ohne professionelle Kenntnis der Textmassen des materiellen Rechtes entscheidbar sind. Die zahlenmäßige Dominanz der Berufsrichter ist also eine politische Entscheidung. In den historischen Auseinandersetzungen um das Geschworenengericht ging es gerade um die letztentscheidende Instanz, in der der Bürger Sicherheit vor der Fürstenwillkür braucht.

Zu beachten sind auch die Rekrutierungsregeln und die Realität der Rekrutierung. Die Regel (vgl. § 21 ff. Arbeitsgerichtsgesetz, § 31 ff. GVG, § 20 ff. VwGO) geben nur ganz schwache Eingrenzungen des in Frage kommenden Personenkreises vor. Im wesentlichen werden Wahlverfahren etabliert, bei denen im Prinzip jedermann gewählt werden kann. Die Eingrenzungen, die vorgegeben sind, sind immer noch problematisch genug. So gibt es (VwGO § 20 Satz 2) ein Mindestalter von 30 Jahren, obwohl auch bei jüngeren Menschen oft eine besondere Sachkunde für Fragen des Schulrechtes und des Hochschulrechtes vorhanden ist. Ein ebenso dunkler Zusammenhang zwischen Lebenssituation und Seriösität der ehrenamtliche Richtertätigkeit wurde vom Gesetzgeber beim „Vermögensverfall" gesehen. Etwas burschikos und political not correct gesagt: Der IQ des ehrenamtlichen Richters wird nicht geprüft, aber ein „Bankrotteur" ist als Richter eben so wenig zugelassen wie ein Straftäter, der zu mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist (vgl. § 21 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 VwGO). Insgesamt scheinen in Deutschland die Rekrutierungsregeln für ehrenamtliche Richter nicht sehr sorgfältig gearbeitet zu sein. Dafür spricht jedenfalls § 35 GVG, in dem spürbar ist, dass die Grenzbeziehungen im Detail durch die Lobby-Arbeit bestimmter Berufsgruppen im Parlament bestimmt worden sind.

> *Ärzte, Zahnärzte, Krankenschwestern, Kinderkrankenschwestern, Krankenpfleger und Hebammen und Apothekenleiter, die keinen weiteren Apotheker beschäftigen, können die Berufung zum Amt eines Schöffen ablehnen. Für alle anderen bleibt es dabei, dass eine Ablehnung wegen Gefährdung oder erheblicher Beeinträchtigung einer ausreichenden wirtschaftlichen Lebensgrundlage möglich ist. Die Privilegierung der Zahnärzte und Kinderkrankenschwestern kann schließlich nicht mit ihrer Unentbehrlichkeit gerechtfertigt werden, wenn überall sonst Vertretungsregeln ausreichen. Auch ein anderer Apparat hat seine Mitglieder vor der Störung seines Betriebes geschützt: Nach § 22 Ziff. 4 VwGO können Soldaten nicht als ehrenamtliche Verwaltungsrichter berufen werden.*

Einer gesonderten Diskussion wäre es wert, warum nach § 23 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO geistliche und Religionsdiener die Berufung zum ehrenamtlichen Richter ablehnen dürfen.

Die Realität der Rekrutierungsverfahren scheint in neuerer Zeit nicht systematisch überprüft worden zu sein. Allerdings gibt es keinen Anlass anzunehmen, seit der empirischen Untersuchung von Ekkehard Klausa habe es eine qualitative Änderung gegeben. Geht man von der Fragestellung aus, ob es den Wahlorganen gelingt, Menschen zu ehrenamtlichen Richtern zu machen, die in besonderer Weise zum unbefangenen Aufarbeiten von Sachverhalten und zum Umsetzen transparent gemachter Wertungen befähigt sind, so ist das Ergebnis weitgehend negativ. So weit Entscheidungskriterien inhaltlicher Art diagnostizierbar sind, setzen sie auf einen sehr diffusen Zusammenhang zwischen Anzeichen bürgerlicher Seriosität und der inhaltlichen Befähigung zum (Laien-)Richteramt. Die Spannweite der Bevölkerungsgruppierungen wird aber auch nicht abgebildet, so dass eine idealistische Anforderung der Teilnahme des „ganzen Volkes" an der Richtertätigkeit auch nicht zu konstatieren ist. Der Rechtssoziologe Machura hat in Frankfurt am Main und in Bochum rund 700 Personen befragt, die in Schöffenlisten eingetragen waren und einen erstaunlich Rücklauf von 568 beantworteten Fragebogen gehabt. Sein Ergebnis ist, dass die Mittelschicht krass überrepräsentiert ist, Angestellte und Beamte bilden die Mehrheit der Schöffen. Der Anteil der Arbeiter war auffallend niedrig (3 % der Schöffenlisten). 50 % der Frankfurter Schöffen waren älter als 50 Jahre und nur 19 % waren jünger als 40 Jahre. Die Frauen hatten die zweifelhafte Ehre, in Frankfurt mit 47 % beteiligt zu sein. Bedenkt man, dass es um ein Richteramt geht und an vergleichbaren Stellen Frauen sonst immer einer zahlenmäßigen Dominanz der Männer gegenüberstehen, dann drängt zu folgender Vermutung: Bei den Männern, die man gerne gewählt hätte, waren sehr viele, die sich wegen ihrer besonderen beruflichen Einbindung dem Schöffenamt so wie so hätte entziehen können, § 35 Ziff. 7 GVG *(alle Ziffern aus Stefan Machura, in: Richter ohne Robe, 12. Jahrgang, 2000, S. 4; detailierter*

Stefan Machura, Fairness und Legitimität, Baden-Baden 2001 passim). Zum relativ ausgeglichenen Verhältnis von Männern und Frauen drängt sich die Interpretation auf, dass die Arbeitsaufwendigkeit des Ehrenamtes zu einer relativ starken Beteiligung der Frauen führt. Es ist die Hausfrau und Mutter, die in der 3. Lebensphase, wenn die Kinder aus dem Haus sind, die für solche Ehrenämter Zeit genug haben muss und dann auch von den männlich dominierten Wahlgremien in relevanter Anzahl gewählt wird.

Wie wirkt Laienrichtertum auf die Arbeitsergebnisse der Justiz?

Um die Antwort auf diese Frage richtig einzuschätzen ist es nötig, sich daran zu erinnern, dass es an deutschen Stammtischen einige Klagen über die „Weltferne“ – und das heißt „Bürgerferne“ – der Juristen zu hören ist. Wenn man solche Klagen im Ohr hat, dann könnte man sich vorstellen, dass die Laienrichter ihre Tätigkeit als Konfliktsituation erleben und ihre anderen, nichtjuristischen Maßstäbe durch zu setzen versuchen.

Das Gegenteil ist der Fall. Aus neuerer Zeit liegt zwar nur die Untersuchung zu den Schöffen von Machura, aber dieses stimmt mit allem überein, was man von anderen Laienrichtern auch hört. Die Laienrichter fühlen sich überwiegend akzeptiert. Und das Milieu ist das jenige einer Kooperation. Es bestätigt sich, dass die Laienrichter ihren eigenen Einfluss für recht gering halten. In der Hauptlinie scheinen die Laien davon überzeugt zu sein, dass sie an einer sinnvollen Sache konstruktiv teilhaben. Bezogen auf dieses Milieu der Kooperation ist es plausibel, wenn Machura die Fairness der Behandlung der Laien durch die Professionellen als entscheidende Einflussgröße für die Zufriedenheit der Laien deutete. Im Vergleich dazu ist die Frage nach der Richtigkeit der Urteile weniger wichtig. Die Fairness der Behandlung scheint es zu sein, deretwegen die ganz überwiegende Zahl der Laienrichter bereit wäre, denselben ehrenamtlichen Arbeitsaufwand weiter zu führen.

Die Bedeutung der Fairness wird von Machura auch anhand des einzigen größeren bekannt gewordenen Konfliktes gekennzeichnet.

> *Besondere Empörung fand sich bei einer Gruppe Frankfurter Schöffen, die erfahren mussten, dass ihr Richter (ihre Richterin) mit Staatsanwälten und Verteidigern Absprachen trafen, und zwar über die Köpfe der Schöffen hinweg, denen daraufhin nur noch übrig blieb, die Absprache zu beschließen. Viel besser wurde die Praxis bewertet, die Schöffen zum „Flurgespräch“ zwischen Richter und Parteivertreter hinzu zu bitten. Machura meint übrigens, dieses letztere Verfahren sei auch rechtlich korrekt. Das ist es sicher in einer Hinsicht rechtlich in Ordnung: Wenn das Gericht den Prozess auf dem Flur führt, dann muss es wenigstens das Gericht und nicht ein einzelner Richter sein. Die Laienrichter sind nach deutschem Recht Richter, und wenn die Richter in der Weise prozessieren, dass der eine Richter darüber entscheidet, wann und in welchem Umfang der andere Richter die Grundlagen des Prozesses zur Kenntnis bekommt und an der Entscheidungsfindung teilnimmt, dann ist das ein nach jeder Prozessordnung unmögliches Verfahren. (Stefan Machura, a.a.O. S. 8).*

Die Berufsrichterin in besagtem Konfliktfall hatte also nicht nur die Fairness verletzt, sondern bewegte sich auch ausserhalb der Regeln vernünftigen Prozessierens, die rechtlich im Gebot des gesetzlichen Richters verdichtet sind. Empörung – so zeigt das Exempel - an Stelle von Kooperation tritt also nur ein, wenn auf der Seite der Professionellen ein heftiges Fehlverhalten zu konstatieren ist.

Das Justizsystem absorbiert das Störpotential des Laienrichtertums

Für die Erklärung der hohen Integration von Laienrichtertum in eine im wesentlichen von Professionellen beherrschten Institution ist auch daran zu erinnern, dass die Gruppe der von Machura befragten Schöffen nach Alter, Beruf und Einkommen ähnliche Eigenschaften aufwies wie die Berufsrichter, mit denen sie zusammen arbeiteten. Das Ergebnis sät also noch einmal Zweifel hinsichtlich der verbreiteten Annahme, dass die Schicht- oder gar Klassenzugehörigkeit der Richter keinen Einfluss auf die realen Arbeitsabläufe in der Institution Justiz habe. Wenn man als Schlagwort in Erinnerung ruft, dass die eine Hälfte der Republik über die andere Hälfte zu Gericht sitzt, dann trifft das auf Berufsrichter wie auf Laienrichter zu.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass man nach Machuras Untersuchung *(Stefan Machura, a.a.O. S. 3)* es eine Minderheit von Schöffen gab, die sie schon auf wenigen Fragebogenseiten all so ignorant oder rechtsradikal zeigten, dass Machura an der Weisheit der Auswahlverfahren zweifeln musste. Machura hat allerdings nicht untersucht, wie groß der zahlenmäßige Anteil derjenigen Berufsrichter ist, die inhaltlich nach der Art des berühmt gewordenen Hamburger Berufsrichters „Richter Gnadenlos“ verfuhren. Wie in einem nur aus professionellen Richtern zusammen gesetzten Personal ist durch stark abweichende politische Meinungen einer

Minderheit ein gewisses Konfliktpotential vorgegeben. Übrigens erwähnt Machura nicht, dass er bei den Laienrichtern oder bei den Berufsrichtern auf linke Abweichler vom bürgerlichen Generalkonsens gestoßen sei.

Der zweite Grund, der das Ergebnis verständlich macht, ist in einer spezifischen Eigenschaft der gehobenen Mittelschicht zu sehen. Sie ist es, die in ihren Berufen selbst Professionalität entwickeln und zeigen muss, sie ist es, die permanent in arbeitsteiligen Zusammenhängen agiert. Man erinnere sich, dass die Ärzte zwar nicht mehr die „Halbgötter in weiß“ sind, aber der Weg zum mündigen Patienten scheint auch in der gehobenen Mittelschicht nicht von vielen begangen zu werden. Das Vertrauen auf die anderen Fachleute (Lehrer, Psychologen, Ingenieure, Finanzberater usw.) ist erst einmal eine Normalität. Das dem entsprechende Gejammer an den Stammtischen scheint dazu im Widerspruchl zu stehen, aber es ist weithin verlogen.

Als Hauptergebnis muss man aber festhalten, dass das Rechtssystem als ein System von Menschen *(vgl. Drosdeck)* genauso wie als ein System von Kommunikationen *(vgl. Luhmann)* die Eigenschaft hat, einige Irritationen durch Laien abzupuffern. Man wird das Schicksal des Laienrichtertums in Deutschland insgesamt als Bestätigung dafür verbuchen können, dass es eine relative Geschlossenheit des Rechtssystems gibt. Die realen Vernetzungen, die der Kommunikation als zirkelförmige wechselseitige Bestätigungen auftauchen, sind offenbar nur schwer aufzubrechen. Eine nach ihrer personellen Zusammensetzung gar nicht zum Aufbrechen von irgendwas gesonnene Laienrichterschaft agiert als Teil des Rechtssystems.

Kap. 9

Das Personal des Rechtssystems außerhalb der Richterschaft

Das Konzept der Darstellung

Für das, was Recht in einer Gesellschaft bedeutet, sind immer mehr Menschengruppen wichtig als die Richter. Aktuell gehören hierzulande sicherlich dazu: Staatsanwälte, Rechtsanwälte, gerichtliche Sachverständige, Gerichtsvollzieher, in der Verwaltung auch die Rechtsabteilungen. Diese sind leider weit weniger als die Richter zum Gegenstand von Untersuchungen geworden. Dadurch wird das Thema der Arbeitsteilung übergangen, das aber wichtig ist. Wenn es die Funktion der Rechtssoziologie in der juristischen Ausbildung ist, einen realitätsgerechteren Blick zu eröffnen und damit z. B. das Problem des Praxisschocks zwischen rechtsdogmatischer Universitätsausbildung und beruflichem Handeln abzubauen, dann ist es ganz dringend nötig, sich mit einigen Überlegungen und Beobachtungen in diesen schwierigen Bereich zu getrauen. Man muss sich nur daran erinnern, wie viele sonst recht vernünftige Bundesbürger meinen, ein Prozess wäre vor allem dann gewonnen, wenn der Anwalt gut sei, und der von zwei streitenden Kontrahenten sich den besseren Anwalt leisten könne, der werde schon gewinnen, und wer viel Geld für einen Anwalt bezahle, könne nach jeder Untat trotzdem mit Straflosigkeit rechnen. Solche Meinungen kann einen Juristen natürlich mit einiger Überheblichkeit als Dummheit der Bürger beiseite lassen wollen, aber mit einem solchen Verhalten stellt er sich gerade mit solchen Bürgern auf eine Stufe: Aus beiderseitigem Nicht-zur-Kenntnis-nehmen kann nichts Gutes erwachsen.

Die Realisierung der Arbeitsteilung gibt eine gute Gelegenheit, die Nützlichkeit der soziologischen Rollentheorie unter Beweis zu stellen

Wenn man sich um Ansätze zu relevanten Phänomenbeschreibungen bemüht hat und dadurch einige Sicherheit mit Umgang mit den allgemeinen Problemen des Personals des Rechtssystems erlangt hat, dann kann man auch noch einmal auf die Frage zurückkommen, wie eine Abgrenzung von innen und außen des Rechtssystems begründbar ist. So gehört an das Ende dieses Kapitels die Frage, ob konfliktschlichtende Ombudsleute oder andere Schlichter bei uns oder anderswo als personales Substrat des Rechtssystems gesehen werden können.

Vielerlei Personal

An den Anfang gehört die banale Aussage, dass das Rechtssystem vielerlei Personal hat. Dabei empfiehlt es sich nicht, die juristische Universitätsausbildung stillschweigend oder bewusst als Grenzlinie des Innen- und des Außen des Rechtssystems zu denken.

Schon rein normativ ist die Frage viel schwieriger. In Deutschland kennt man seit langen Jahrzehnten die Institution des Rechtspflegers, der eine bunte Mischung von rechtsrelevanten Entscheidungen zu treffen hat. Zumindest in dem Bereich, der bis vor einigen Jahren Vormundschaftsgericht hieß, sind diese Entscheidungen für die betroffenen Individuen von großer persönlicher Bedeutung und es sind schwierige Rechtsfragen zu lösen. Das Sammelsurium von Zuständigkeiten lässt eine klare Profilierung und eine Schwerpunktbildung in der Ausbildung kaum zu. Jedenfalls wirken Personen an der Stelle des Richters, deren Ausbildung weit von dem Standard von Referendar- und Assessorexamen entfernt ist. Die beiden anderen Berufsgruppen, die in der Öffentlichkeit immer als die Juristenschaft überhaupt angesehen werden, werden kraft Setzung des Gesetzgebers von insofern vergleichbaren Berufsgruppen begleitet. Zu den Staatsanwälten gehören die Amtsanwälte, und zu den Rechtsanwälten gehören die Rechtsbeistände.

Auch die Realität zeigt, dass die Justiz als Institution nicht ausreichend erfasst und beschrieben werden kann, wenn man sich auf Menschen mit voller juristischer Ausbildung beschränkt.

> *Dafür sei nur ein Gedankenexperiment angeführt. Man stelle sich vor, in zwei Landgerichtbezirken agierten die Gerichtsvollzieher recht unterschiedlich. In einem Landgerichtbezirk seien die Gerichtsvollzieher sehr großzügig mit Fruchtlosigkeitsbescheinigungen. Im anderen Landgerichtsbezirk sei das Gegenteil der Fall. Solche Gegebenheiten werden mit Sicherheit bis in die reale Prozessstrategie und die Entscheidung von Rechtsfällen in der Zivilgerichtsbarkeit hinein wirken. Wo die Gerichtsvollzieher sich hartnäckig um erfolgreiche Vollstreckungen für die Prozesssieger bemühen, da kann ein Anwalt seinen Prozess viel eher auf ein richterliches Urteil anlegen. Wo die Gerichtsvollzieher den Schuldner auch nach einem Urteil häufig „laufen lassen“, da wird*

der Anwalt des Gläubigers schon im Prozess Anlass sehen, verstärkt einen gerichtlichen Vergleich mit Forderungsabstrichen anzusteuern, weil dieser bekanntlich eine bessere Chance bietet, dass der Schuldner das im Vergleich Versprochene auch wirklich und einigermaßen widerstandslos leistet.

Wer als Anwalt oder als Richter ergebnisorientiert agieren will, der muss den realen Gesamtzusammenhang der agierenden Personen im Blick haben.

Arbeitsteilung als soziologische Kategorie

Ein analytisches Instrument im Umgang mit dem gesamten für die Rechtssoziologie relevanten Personal ist das Konzept der Arbeitsteilung. Die wissenschaftliche Beschäftigung mit der Gesellschaft ist wesentlich befördert worden durch die Abhandlung von Emile Durkhein: „Die Arbeitsteilung". Dieses für das Ende des 19. Jahrhundert kennzeichnende Werk überwand ein rein ökonomisches Verständnis der Arbeitsteilung. Es ist nun wichtiger, mit einigen weiteren Beispielen die Beobachtung der Realität einzuüben, als die Entwicklung soziologischer Konzepte am Exempel Arbeitsteilung zu verfolgen.

In diesem Sinne sei zuerst an eine immer wieder aufbrechende gesellschaftliche Debatte erinnert. In der Tagespresse und auch in der juristischen Literatur konnte man häufig die Klage lesen, in der Strafjustiz der Bundesrepublik Deutschland des ausgehenden 20. Jahrhunderts und auch noch aktuell würden Strafprozesse viel zu lange geführt; eine wichtige Ursache dafür sei eine im Vergleich zu vorangegangenen Zeiten wesentlich aggressivere Verteidigung der Angeklagten, die jede Chance zu Befangenheitserklärungen, Revisionsrügen, aber auch zu Sachverhaltsverdunklungen wahrnehme. Auch die Chaotisierung von Verfahren durch kleinteilige Wahrnehmung aller nur erdenklichen prozessualen Rechte hindere die Justiz an einer sinnvollen Erfüllung ihrer Aufgaben. Solche Klagen werden gewöhnlich begleitet von dem Hinweis, die Anwälte seien auch als Strafverteidiger „Organe der Rechtspflege" und die geschilderten Missbräuche verfehlten diese Funktion. Das Beispiel soll hier nicht weiter ausgeformt werden, weil es im strafrechtlich-kriminologischen Bereich liegt.

Jedenfalls sehen sehr viele Beobachter zentrale Probleme des Rechtswesens darin, dass das gesamte Personal der Justiz auf eine Funktion (vergleichbar einem ökonomischen Produkt eines Betriebes) ausgerichtet sein müsse. Die Kritik lautet dann, die idealistische und hermeneutische Ausrichtung auf den Gesetzestext verhindere eine betriebswirtschaftliche Rationalität. Für diese Debatte ist es wichtig, sich des Konzeptes der Arbeitsteilung und der soziologischen Rollentheorie zum Zwecke der Realitätserfassung zu bedienen. In allen wichtigen Bezügen gilt, dass das Selbstverständnis einer arbeitsteiligen Funktionswahrnehmung in einer dadurch definierten Gemeinschaft vorherrscht. Dazu ein Exempel.

Exempel: Wie Richter mit Sachverständigen umgehen

Die Relevanz der Arbeitsteilung ist auf der justizpolitischen und rechtspolitischen Ebene vorzeigbar. Die Entwicklung der Sachverständigenhaftung ist nämlich nur verständlich, wenn man annimmt, dass die gerichtlichen Sachverständigen in den Tatsacheninstanzen als Teil des personellen Substrats des Rechtssystems agieren.

Die Prozessordnungen regeln die Rechtsfragen des gerichtlichen Sachverständigen weithin. Einerseits nimmt er zu tatsächlichen Fragen Stellung (nicht zu Rechtsfragen), andererseits gelten für ihn hinsichtlich seiner Äußerungen im Prozess die Voraussetzungen, die für Richter auch gelten. Der Gesetzgeber ist also der Meinung, die geistige Anstrengung der unparteilichen Entscheidungsfindung sei im tatsächlichen Bereich dieselbe wie im rechtlichen Bereich. Im Alltagsmassengeschäft der Zivilgerichte kennen sich Richter und Sachverständige in vielen Fällen, und in anderen Gerichtszweigen ist dies oft ebenso. Rein tatsächlich ist der Sachverständige also für den Richter ein sehr wichtigerer Kooperationspartner als der einzelne Prozessführende im Zivilprozess oder der einzelne Angeklagte (gerade bei Angeklagten leuchtet ein, dass derjenige, der häufig vor dem selben Richter erscheint, früher oder später einmal für längere Zeit „aus dem Verkehr gezogen wird"). Das Milieu wird bereits in den Normen z. B. der Zivilprozessordnung deutlich. § 404 Abs. 2 ZPO lautet: Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.

§ 404 a Abs. 4 ZPO:

„So weit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat."

§ 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO:

> *„Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden“.*

Ein Problem konnte die Haftung der Sachverständigen für Fehl-Gutachten nur dadurch werden, dass die deutschen Richter für die Folgen von Fehlurteilen im rechtlichen Bereich nicht strafrechtlich oder zivilrechtlich auf Schadensersatz haften. Die Norm zur Rechtsbeugung in dem Strafgesetzbuch hat eine eigene Geschichte und wird jedenfalls im Effekt immer noch so interpretiert, dass sie kaum je zur Anwendung kommen wird. Das bestimmt die Reichweite von § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht“. Diese Vorschrift galt seit dem 1. 1. 1900 für den Richter, und der Sachverständige wird nicht erwähnt.
Der BGH fällte dazu ein wichtiges Urteil *(BGH JZ 1974, 558)*. Der Hintergrund:

> *„Das selbst für einen grundsätzlichen Haftungsprozess außergewöhnliche Interesse der Tagespresse rührt daher, dass der BGH aufgerufen war, den zivilrechtlichen Schlussstrich unter eine Affäre zu ziehen, die nicht nur eine lokale chronique scandaleuse war, sondern als Weigand-Affäre in die bundesdeutsche Justizgeschichte eingegangen ist. Sie hatte Mitte 1962 begonnen, als der … Kläger auf eigene Faust Licht in die Erschießung eines Münsteraner Rechtsanwaltes zu bringen versuchte und glaubte, als ‚Sozialanwalt' die Strafverfolgungsbehörden zur Pflichterfüllung anhalten zu müssen. Was so als berechtigtes Anliegen eines mündigen Bürgers im demokratischen Rechtsstaat begann, wuchs sich jedoch, an Michael Kohlhaas erinnern, zu einer rasch ansteigenden Flut von Verdächtigungen aus und führte 1967 zur rechtskräftigen Verurteilung des Sozialanwalts zu einer Gefängnisstrafe von 2 Jahren ... Auf die Strafe angerechnet wurden außer der Untersuchungshaft auch die 3 Monate einstweiliger Unterbringung in der Anstalt Y, in deren „festen Haus“ der Kläger aufgrund eines medizinischen Gutachtens des Beklagten festgehalten worden war. Aus dieser Gutachtenerstattung und der darauf gestützten Unterbringung ... suchte der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit Schadensersatzansprüche gegen den Sachverständigen herzuleiten. Dass dem Kläger mit der Unterbringung Unrecht geschehen ist, lässt sich nicht bezweifeln, wie wohl BGH und Vorinstanz diese Frage offen lassen. Die im weiteren Verlauf des Strafverfahrens angehörten Gutachter bejahten nämlich einhellig die volle Zurechnungsfähigkeit des Klägers, von der dann auch das Strafurteil ausging, und der beklagte Sachverständige geriet angesichts der Argumente seiner Fachkollegen so sehr in Bedrängnis, dass er sich aus dem Strafverfahren zurück zog. Angesichts der gesamten Umstände der Gutachtenerstattung, besonders der in dem Gutachten verbreiteten Gemeinplätze und der durchscheinenden Vorurteile gegen das soziale Engagement des Klägers, dem selbst seine Dissertation angekreidet wurde, liegt darüber hinaus sogar grobe Fahrlässigkeit bei der Begutachtung nahe“. (Klaus Hopt, Urteilsanmerkung JZ 1974, S. 551.).*

Zu Recht hat Hopt an derselben Stelle bemerkt, dass eine unbefangene Lektüre der damals geltenden Vorschrift problemlos zur zivilrechtlichen Haftung des Sachverständigen führt. Der BGH hat anders geurteilt, wobei zentral die Erwägung ist, dass der Sachverständige „Gehilfe des Richters“ sei. Hopt hat nun dargetan, dass der BGH dieses Argument sehr einseitig einsetzt und dem Sachverständigen unter dem Zwang seiner eigenen Argumentationsleitlinien sogar mehr Schutz gewährt als einem Richter bei einem vergleichbar befangenem und unsorgfältigem Urteil über eine Rechtsfrage.
Dieser Gehilfe des Richters ist in der Sicht des Bundesgerichtshofs also nicht ein Experte, der mit seinem Wissen und seinen Fähigkeiten seinen Lebensunterhalt verdient, sondern er ist in seinen Handlungen einbezogen in den Schutz der Dritten Gewalt – so wie der BGH den richtigen Schutz versteht. Wie schon im Umgang mit den Untaten von Juristen im Nationalsozialismus und in der Interpretation des Rechtsbeugungsparagraphen des Strafgesetzbuches schirmt die Rechtsprechung sehr stark sich selbst gegen eine Kontrolle ab und überträgt diese Tendenz auf ihre Gehilfen. Eigentlich genügt ein einziges Argument, *(auf das auch Hopt aaO hinweist)*, um zu zeigen, dass aus der Tatsache des Gehilfentums jedenfalls nicht das folgt, was der Bundesgerichtshof daraus ableitet. Andere professionelle Dienstleister und übrigens sogar die Rechtsanwälte sind im Fall grob sorgfaltswidriger Arbeit Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, die sie mit Berufshaftpflichtversicherungen auffangen. Soweit die gerichtlichen Sachverständigen auch außerhalb von gerichtlichen Verfahren Expertenaufträge entgegen nehmen und damit ihren Lebensunterhalt verdienen, dürften sie übrigens sogar typischerweise solche Berufshaftpflichtversicherungsverträge abgeschlossen haben. Erklärlich wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur, wenn man Richter und Sachverständige in ihrer Arbeitsteilung und Kooperation sieht und die Beschäftigung der Justiz mit grob fahrlässig falsch erstatteten Gutachten in ihrer Wirkung als Ansehensverlust der ganzen Gruppe begreift. Übrigens hat das Bundesverfassungsgericht die Abwehrstellung der Justiz

aufgebrochen und solchen Selbstschutz des Rechtspersonals für rechtsstaatswidrig erklärt. Das Parlament, in dem das Personal des Rechtssystems über eine starke Lobby verfügt, hat danach den heutigen § 839 a BGB geschaffen, der immer noch Spuren des Lobbyismus zeigt.

Arbeitsteilung und das soziologische Konzept der Rolle

Arbeitsteilung als soziologisch relevantes Phänomen steht im dichten Konnex zur Rollentheorie. Deshalb sind beide geeignet, die Phänomene in der Mitte zwischen Makrosoziologie und Mikrosoziologie, soweit sie mit Recht in der Gesellschaft zu tun haben, zu beleuchten und unsere Aufmerksamkeit zu schärfen. Im Folgenden kann gezeigt werden, dass die Rollentheorie besonders hilft, Probleme des Berufsstandes der Rechtsanwälte zu verstehen, auch wenn sie darüber hinaus wichtig ist.

Rolle ist in der deutschen Soziologie weithin als Bildersprache im Anklang an die Rolle eines Schauspielers eingeführt worden und hat dann in der Übernahme us-amerikanischer Forschung einen genaueren Sinn erhalten.

Der soziologische Rollenbegriff gewinnt seinen Sinn daraus, dass er gerade die überindividuellen Aspekte in der Wahrnehmung von einzelnen und vielen betont. Die Soziologie braucht eine Theorieebene, auf der nicht nur immer die unhandlichen Aussagen über die Gesellschaft als ganze gefordert sind. Die Alternative zu solchen Aussagen kann schließlich nicht sein, dass man jedem Menschen seine Individualität zuerkennt und bei den Aussagen über Menschengruppen nur noch den Zugriff wählt, der in der Richtersoziologie eingeübt worden war. Anstatt der gruppendefinierenden oberflächlichen Eigenschaften (Beruf des Vaters, Einkommen pro Monat usw.) meint Rolle ein Bündel von Erwartungen, das in einer Gesellschaft an ein Individuum herangetragen wird. Dass damit eine wesentliche Beobachtungskategorie gefunden ist, zeigt jeder Alltag und übrigens auch der Alltag im Gerichtssaal. Man erinnere sich an die gängige Szene, in der der Richter zu einer Partei sagt, „Sie als Kaufmann, für den Zeit Geld ist, werden sich doch hier nicht so lange um eine kleine Summe herumstreiten, sondern einen Vergleich akzeptieren, den ich jetzt vorschlage“. Mit dem „Sie als ...“ werden die Erwartungen ins Gedächtnis gerufen und aktualisiert. Solche Erwartungen sind natürlich nicht davon abhängig, dass sie sprachlich ausformuliert werden. Die Rolle eines Dorfdepps oder Klassenkaspers wird typischerweise nonverbal von der Umwelt realisiert.

In der Entwicklung der Soziologie sind in einem längeren Prozess die Vorzüge und die Missverständlichkeiten der Rollentheorie ausdiskutiert worden. Sie ist ein Instrument, bei dem es keine letzte Klarheit der richtigen oder falschen Verwendung geben kann. Jedenfalls ist deutlich, dass die Fruchtbarkeit dieses theoretischen Instrumentes für die Gewinnung von wissenschaftlichen Aussagen nur gegeben bleibt, wenn man sich von zwei Extrembildungen fern hält. Einmal darf man nicht die Erwartungen der Außenwelt, die der Rollenträger selbst für sich akzeptiert und übernimmt, zu sehr als „Sollen“, als (womöglich auch formal sanktionierte) Norm, verstehen. Wenn man das tut, dann könnte man z. B. die Rolle eines Notars mit den Anforderungen an seine Residenzpflicht seinem Expertentum, seiner Erfahrung etc. beschreiben, und gewönne damit wenig jenseits der positiv rechtlichen Sätze der Bundesnotarsordnung. Das Erwartungsbündel, das eine Rolle ausmacht, ist nur dann interessant, wenn es diverse Segmente enthält und zusätzlich, wenn diese untereinander in einem Spannungsverhältnis stehen oder gar in einem Friktionsverhältnis. Auf der anderen Seite macht es wenig Sinn, Rolle all zu sehr als Beschreibung von kulturell eingefahrenen Normalitäten zu benutzen. In diesem Sinne könnte man z. B. von der „Rolle des enttäuschten Liebhabers“ reden. Ein solcher Gebrauch macht den Rollenbegriff nicht nur unscharf, sondern er bringt es mit sich, dass man wenig an gemeinsamen Aussagen über die Rollenträger machen kann. Die enttäuschten Liebhaber in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1990 bis 2005 sind keine Gruppe, auf die soziologisch relevante Aussagen gemünzt werden können. So empfiehlt es sich letztendlich, den homo sociologicus in Parallele zu setzen zu dem homo oeconomicus. Dieser hat sich auch als Folie bewährt, auf der bestimmte Wirklichkeitsentwürfe und Wirklichkeitsbeobachtungen deutlich gezeichnet werden können.

Zur Rolle von Rechtsanwälten

Was im Sinne dieser Rollentheorie wäre über den Rechtsanwalt zu sagen?

Drei Erwartungen fallen sofort auf. Der Rechtsanwalt ist Rechtsexperte. Der Rechtsanwalt ist Interessenvertreter. Der Rechtsanwalt ist Freiberufler.

Sieht man nur die erste Erwartung an, so wird gleich deutlich, dass solche Erwartungen im unterschiedlichen Maße ausgeprägt sein können. Von der Mehrheit aller Rechtsanwälte wird das ratsuchende Publikum erwarten, dass sie Einschätzungen abgeben, ob es in einem Konfliktfall wohl

lohnt, zu prozessieren. Wer aber als Zeitgenosse nicht völlig unerfahren ist, wird dabei schon sein Wissen um die Unsicherheit des Rechtes in seine Erwartungen einfließen lassen. Vom Anwalt, anders als vom Richter in vielen Fällen, wird nicht erwartet, dass er mehr als Bürger sagt, wie die Rechtslage ist, sondern dass er mit wechselnden Adjektiven einen Grad von Risiko zu beschreiben sucht. Es sind die besseren Kanzleien, die für die Zukunft zuverlässige Verträge als langfristige Handlungsgrundlagen ökonomisch relevanter Subjekte schaffen. Das Versprechen rechtlicher Bewährung der Expertenmeinung bleibt Ausnahme und Grenzfall. Etwas pointiert ausgedrückt: Der Anwalt ist Experte für Unsicherheit, der Richter ist Experte für Sicherheit.

Auch das Rollensegment der Interessenvertretung bedarf der genaueren Beschreibung. Wird z. B. von einem Anwalt erwartet, dass er es ablehnt, eine aussichtslose Zivilrechtsangelegenheit für einen Mandanten zu vertreten, die dieser aber unbedingt ausprozessiert haben möchte? Unterwirft sich der Anwalt in einem solchen Fall der Anweisung seines Mandanten, dann wird dadurch ein Grenzfall deutlich. Der Mandant kann Interessen definieren, wie nach üblicher Einschätzung seinen Interessen „in Wahrheit" nicht entsprechen. Diese Unsicherheit des Interessenbegriffs ist keine juristische Erfindung, sondern eine Alltagserfahrung. Insofern zeigt sich, dass die Rede von den Erwartungen ihre immanente Grenze hat. Erwartungen sind auch in den Köpfen derer, mit denen die Anwälte umgehen, häufig nicht restlos abgeklärt und sie können natürlich auch im Laufe der Zeit Veränderungsprozessen unterworfen sein.

Dass der Anwalt zugleich immer auch Freiberufler ist, wird daneben deutlich in der manchmal kuriosen Angst der deutschen Bundesbürger vor den Kosten von Rechtssachen und in der nicht auszurottenden Vorstellung, je länger ein Prozess dauere, desto teurer werde er, denn die Anwälte müssten ja immer weiter verdienen. Aber auch die vernünftigen Mitbürger werden immer von ihren Anwälten erwarten, dass diese ihren Lebensunterhalt verdienen, so wie sie auch von ihren Ärzten nicht bloße Aufopferung oder christliche Nächstenliebe erwarten. Ganz im Gegenteil, wenn der Anwalt nach seinen sozialen Verhältnissen offenbar in der Lage ist, gutes Geld zu verdienen, dann spricht das für viele Bundesbürger nur zu seinen Gunsten. Der ökonomische Erfolg des Freiberuflers wird in der Verbindung der Rollensegmente zum Anzeichen der vollen Erfüllung der Erwartung des Expertentums und der vollen Erfüllung der Erwartung richtiger Interessenwahrnehmung.

Spannungen und Widersprüche in der Rolle von Rechtsanwälten

Ihre Fruchtbarkeit zeigt die Rollentheorie gerade auch die Fälle der Spannungen und Widersprüchlichkeit. Dazu einige Beispiele von vielen.

Der Anwalt, der in Interessenwahrnehmung seiner Mandanten zu viele Streite um kleine Streitwerte führt, scheitert als Freiberufler und wird in einem kleinen Büro ohne nennenswerte Bibliothek auch verdächtigt werden, kein richtiger Experte zu sein. Wer seine Rolle als richtiger, guter Anwalt ausleben will, der darf nicht im ökonomischen Aspekt des Freiberuflertums versagen.

Auch die Bruchlinien zwischen dem Expertentum und Interessenwahrnehmung sind bekannt. Wer als Anwalt einen Mandanten vertritt, der sich in einen Konflikt hineinsteigert und psychischen Schaden als Querulant und Michael Kohlhaas nehmen könnte, der muss rechtzeitig sein Expertenwissen verschweigen und nur noch zusehen, wie er den Konflikt in einer psychisch verträglichen Weise aus der Welt schafft. Die bloße Niederlegung des Mandates ist in solchen Fällen ein Versagen. Es ist die punktuelle Realisierung einer Möglichkeit, die sonst immer auch gegeben ist, nämlich der öffentlichen Aufkündigung der Rollenwahrnehmung.

Andere Rollensegmente

Jenseits der genannten Rollensegmente dürften bei jedem Anwalt noch eine ganze Menge andere auszumachen sein. Bisher war z. B. nicht genannt das „Organ der Rechtspflege", das der Anwalt nach § 1 Bundesrechtsanwaltordnung ist. Dieser Norm korrespondiert in einigem Umfang die Erwartung der Kollegen in der Anwaltschaft, bei der Staatsanwaltschaft und in der Richterschaft, dass der Anwalt an informellen Kommunikationen und Arbeitsteilungen teilnehmen wird. Einigermaßen gut informierte Mandanten werden diesen Sachverhalt richtig einschätzen und positiv zu würdigen wissen in ihren Erwartungen. Der gut im System verankerte Jurist wird in vielen Fällen richtiger einschätzen können, welche prozessualen Schachzüge Erfolg versprechen oder welche vielleicht auch nur oberflächlicher Schaukampf sind. In diesem Bereich sind die Erwartungen recht deutlich von Sanktionen gestützt. Wer sich falsch benimmt (umgangssprachlich: *aus der Rolle fällt, sich daneben benimmt*), dem droht Rache: „Wenn der mal was will ...". Natürlich sind auch die Geschlechtsrollen in Deutschland immer noch sehr deutlich. Es gibt leider keine Auszählung, sondern nur die allgemeine Einschätzung, dass Frauen in Scheidungsverfahren statistisch überproportional Anwältinnen beschäftigen. Eine schrille

Spiegelung der vorausgesetzten Zuordnung Frau/Familienrecht ist die Rede in größeren Kanzleien, man habe eine „Scheidungstante“ für die Rund-Um-Betreuung der Interessen der hauptsächlich aus Unternehmern bestehenden Mandantschaft. Es dürfte dabei mitspielen, dass es in Scheidungsverfahren häufig sehr stark auch um Kindeswohl geht und die alte Zuordnung von Frau und Kind immer noch in vielen Köpfen funktioniert.

Schließlich ist an die immer noch Erwartung an die gesamtgesellschaftliche Orientierung zu erinnern. Während die Richterschaft in der Tradition der Fürstendiener steht und von ihr erwartet wird, dass sie gegebene Zustände verteidigt, waren die Anwälte immer die Gruppe der Liberalen und Neuerer, in der auch Juden und Linke eher Aufnahme fanden.

Diese Beispiele sollen nur zeigen, dass die Realität der Geschehnisse im beruflichen Handeln Juristen und Juristinnen durch die Rede von Rollen recht gut erfassbar sind. Wer nach der juristischen Ausbildung an der Universität vor einem Praxisschock einigermaßen bewahrt bleiben möchte, der muss sich um Wahrnehmungen auf dieser Ebene bemühen.

Usurpation und Tausch von Rollen im Prozess

Arbeitsteilung und Rollentheorie sind geeignet, noch ein weiteres Phänomen zu beschreiben, dass selten, aber immer wieder zu beobachten ist: Usurpation und Tausch von prozessrechtlich „Rollen“ auf der Basis soziologischer Rollen.

Die Sache ist am besten an zwei realen Geschehnissen zu erläutern.

> *Vor dem Amtsgericht Hamburg wurde ein schwieriger Mietprozess geführt. Es ging darum, ob Miete für eine Wohnung in einem Haus gezahlt worden war, in dem lauter chinesische Bürger wohnten. Hinter den Bewohnern jener Wohnung stand ein Familienoberhaupt, ein älterer Herr von großen unternehmerischen Fähigkeiten. Als Zeuge wurde er dazu gefragt, ob ein ostasiatisches Formular mit chinesischen Schriftzeichen wirklich den Beweis von Zahlungen erbringen konnte. Das vermietende Unternehmen hatte seine Sachbearbeiterin als Zeugin benannt, die bezeugen sollte, dass im Gewirr der Räumlichkeiten und Personen tatsächlich bestimmte Zahlungen nicht vertragsgemäß eingegangen seien. Der Richter handelte vernünftig: Er erörterte mit den Zeugen die Sach- und Rechtslage wie mit Parteien und die beiden Zeugen schlossen einen Vergleich. Der Richter wusste also, mit wem er in diesem Falle zusammenarbeiten konnte und die Anwälte spielten das Spiel mit und ließen sich von den Zeugen sagen, was sie machen sollten.*

Das Beispiel zeigt, das Richter, Anwälte und Zeugen in einem – sagen wir –sehr freien Auslegung ihrer prozessrechtlich vorgegebenen Aufgaben einen Konflikt kooperativ lösen konnten, der sonst noch zu sehr viel Arbeit geführt hätte. Auch der Richter musste schließlich über seinen dogmatischen Schatten springen, denn er schlichtete nicht zwischen den Parteien, sondern seine Mithilfe am Vergleich fand in Kommunikation mit Nicht-Beteiligten statt.
Das andere instruktive Ereignis war Folgendes:

> *Beim Landgericht Frankfurt wurde um das Jahr 1970 um Schadensersatzansprüche gestritten. Auf einem NATO-Flugplatz in der Eifel waren 48 Granatsplitter-Schutzhallen für Düsenjäger gebaut worden; für die Baufahrzeuge des Hauptunternehmers und seiner 13 Subunternehmer waren Fahrstraßen gekennzeichnet worden, an die sich die Fahrzeuge aber während der Bauzeit durchaus nicht immer gehalten hatten. Das Bearbeiten und Wiedereinsäen zerfahrener Grasflächen war schadensersatzpflichtig, aber wer waren die Täter? Dazu wurde ein pensionierter Oberbaurat befragt, der als Gutachter für eine bestimmte Spezialfrage auf dem Gelände gewesen war. Dieser berichtete, dass er natürlich nicht sagen konnte, wer, wann, wo im Verlauf eines halben Jahre Grasflächen zerfahren hatte. Er sagte aber auch in freier Wahrnehmung seiner Zeugenrolle, dass er in seinem langen Berufsleben mit solchen Problemen öfters befasst worden war und dass es nur eine Lösung gäbe: Alle Unternehmungen, die mit Fahrzeugen auf dem Gelände gefahren waren, mussten sich den Schaden proportional zu ihren Auftragssummen teilen Dieser Vergleichsvorschlag wurde von den Parteien akzeptiert..*

In der Sache ging es darum, dass der pensionierte Oberbaurat den Erwartungen entsprochen hatten, die in Deutschland an einen guten Schlichter bestellt werden. Er war ein anerkannter Experte auf seinem Gebiet und damit ein ernst zu nehmender Mitmensch; er hatte auch für die streitigen Sachverhalte große Erfahrung; sein Vorschlag basierte auf völliger Unparteilichkeit. Er war mithin der ideale Konfliktschlichter. Der Richter mochte an Unparteilichkeit dem Zeugen gleich stehen, aber im anderen Segmenten Expertentum und Erfahrung war der Zeuge dem Richter voraus. Deshalb hatte

der von ihm gemachte Vergleichsvorschlag noch mehr Chance als der gleiche Vorschlag vom Richter es gehabt haben würde.

Hinzu kam noch ein weiteres Element: Der Oberbaurat war in seiner persönlichen Ausstrahlung ein gestandener alter Herr, während der Richter die Ausstrahlung eines 35jährigen Bürokraten hatte. Von einem Schlichter, der erfolgreich Konflikte zur allseitigen Zufriedenheit beenden können soll, erwartet man, dass der grauhaarig ist – jedenfalls in Deutschland.

Die Beschreibung realer Rollen als Korrektur normativer Begrifflichkeiten

Letztendlich ist die Betrachtung realer Abläufe unter Aufgliederung der realen Beiträge und der Erwartungen unter den Beteiligten auch als Erziehung zur Realitätsorientierung wichtig. Ein anderes Beispiel ist die Institution in Japan, die in deutschen Texten mit „Schlichter“ übersetzt wird. Nach einem vorliegenden Bericht über die Praxis *(Thea Krapp, in: Walter Gottwald und Dieter Strempel, Hrgb., Streitschlichtung – Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, 1995, S. 82 ff.)* sind diese Schlichter ziemlich autoritäre Entscheider. So konnte folgende Geschichte passieren:

> *Eine Frau wollte geschieden werden, weil ihr Mann sie schlug. Der eingeschaltete „Schlichter“ erklärte daraufhin der Frau, dass es normal sei, dass in Japan ein Mann seine Frau schlage; er selbst würde es auch so machen*

Gibt man sich nicht mit einer Übersetzung zufrieden, die ein Wort einem Wort zuordnet, sondern beschreibt das ganze Bündel von Erwartungen, die an einen indischen Dorfältesten oder eine japansiche Autoritätsperson herangetragen werden, dann entgeht man Missverständnissen. Das ist dringend notwendig, wie sich gerade im Falle Japans zeigt. Auf der Basis voreiliger Gleichsetzungen von deutscher Schlichter/ japanischer Schlichter kommt man zwangsläufig zur (unbelegten) Ansicht, das japanische Rechts- und Gesellschaftssystem könne ein Vorbild für Deutschland sein.

Als weiteres Beispiel mag das Panchayat dienen, das auf dem Papier eine Art von Ältestenrat eines indischen Dorfes ist. Dieser kann kleinere Streitfälle regeln und scheint demnach im deutschen Sinne „Justiz“ zu sein. Das Problem scheint zu sein, dass die Ältesten immer Männer sind, immer den höheren Kasten angehören und immer konservative Verteidiger der immer noch präsenten Kastengesellschaft Indiens sind *(Christine Möllhoff: Die Frau mit den zwei Ehemännern - Indiens Dorfräte verurteilen vor allem Angehörige niederer Kasten zu grausamen Strafen/ Politiker sehen tatenlos zu, Frankfurter Rundschau 16.11.2004).* Diese Männer fühlen sich real nicht den Normen des indischen Rechtsstaats verpflichtet. Wer diese Dorfräte als Richter einstuft, der gibt damit ein völlig schiefes Bild.

Kap. 10

Die prägende Kraft der Institution

Das Konzept der Darstellung

Die Diskussion um das Entscheidungsverhalten der Mitglieder der Richterschaft läuft in der gesamten Rechtswissenschaft einschließlich der Rechtssoziologie mehrspurig. Natürlich ließe sich eine Masse von Veröffentlichungen vorzeigen, die ohne das Angebot von Überprüfungsmethoden immer von neuem die Aussage formuliert, die Mitglieder der Richterschaft würden durch den Text der im Bundesgesetzblatt nachzulesenden Gesetze und durch nichts anderes zu ihren Entscheidungen gebracht. Eine realistische rechtssoziologische Perspektive fragt nach der sozialen Verortung der Richter, und genauso realistisch die Gegenposition, die im Forschungsansatz interne Steuerungsmechanismen des Rechtssystems verfolgt. Die Frage lautet dann, was Juristen zu anderen Menschen macht als die Übrigen.

Besonderen Aufschluss kann man von Untersuchungen zu Ausbildung erwarten. Juristenausbildung ist kein kognitiver Prozess, sondern eine Sozialisation. Die institutionellen Gegebenheiten der Justiz und der Juristenausbildung als reale Faktoren, die Wirkungen erzeugen, sind aber leider wenig untersucht. Im Folgenden soll daher nur eine Schneise in das Dickicht möglicher Hypothesen geschlagen werden. Es wird die These verfolgt, dass die Besonderheit des Juristischen eine von Anfang an eingeübte Kommunikationsform ist. Zentral in der Ausbildung ist „der Fall".

Im Vorgriff auf Kommendes sei an dieser Stelle nur kurz hinzugefügt, das justizielle Geschehen als soziales Phänomen natürlich noch weitere Forschungsansätze zulässt. Bryde hat z. B. in seiner Diskussion des Forschungsstandes *(Brun-Otto Bryde a.a.O. S. 143 f.)* abgehoben auf die Eigenschaften derer, die Justiz in Anspruch nehmen. Auch die Randbedingungen prägen. Geht es um Fragen wie Zugang und Zugangsbarrieren, und um die Vorteile von Großorganisationen, wenn diese im Führen von Prozessen Erfahrungen haben, die Vertragsbeziehungen daher schon im Hinblick auf zukünftige Prozesse strukturieren können, gepflegte Kontakte zu den entscheidenden Institutionen haben und ihr Wissen langfristig und zielstrebig ausbauen.

Systemtheorie als offener Ansatz und das Exempel „Der Fall"

Wer Hypothesen formuliert, sollte sich seine theoretischen Hintergründe vergewissern. Allerdings darf dieses Postulat nicht missverstanden werden. Ein freischwebendes Theoriekonstrukt, das nach seiner abschließenden Entwicklung das erste Mal zur Bildung von real überprüfbaren Hypothesen verwendet wird, gibt es nicht und sollte es nicht geben. Es ist nicht nur legitim, sondern geradezu zwangsläufig, dass Theoriekonstruktion parallel zu fortschreitenden Forschungen zu aktuellen Realentwicklungen geschieht.

In diesem Sinne ist es konsequent, dass die Untersuchung von Drosdeck „Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt *(Jeannette Schmid, Thomas Drosdeck, Detlef Koch: Der Rechtsfall – ein richterliches Konstrukt, Nomos Baden-Baden 1997, S. 5 ff.)* sich auf Systemtheorie beruft und Luhmann Fassung der Systemtheorie referiert. Allerdings bleibt nicht aus – und auch das ist typisch – das Drosdeck *(Thomas Drosdeck a.a.O. S. 19)* seinerseits unter dem Eindruck interessanter Forschungsfragen Luhmanns Theorie nicht etwa restlos übernimmt. Das Rechtsystem wird von Luhmann als das System qualifiziert, in den Kommunikationen über Recht und Unrecht stattfinden, die als soziale Handlungen Rechtsfolgen auslösen. Der Mensch gehört nach Luhmann nicht zum System, sondern zu dessen Umwelt. *(Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt 1993, S. 33).* Drosdeck dahin gegen sucht den Anschluss stärker an den Problemdefinitionen, wie sie in der bisherigen Rechtssoziologie und in der breiteren juristischen Öffentlichkeit diskutiert werden. Danach wird das Justizsystem als ein durch Individuen konstituiertes Sozialsystem verstanden, das über seine Komponenten – hauptsächlich die Richter – notwendig mit anderen Sozialsystemen interagiert. Es wird also das alte Thema der „Einstellungen" der Richter nicht mehr bezogen auf einen Wirkungsmechanismus zwischen Herkunft und Beruf als Ausgangspunkt, um konkrete Entscheidungen als Folge, sondern die beobachtbaren Eigenschaften von Richtern werde nur als eine den Sachverhaltsaufbau mit beeinflussende Variable gesehen. In dieser Fassung ist die Systemtheorie offen für die Wahrnehmung von Phänomen, wie sie Mitglieder der Richterschaft wahrnehmen.

Ein solches Phänomen, nämlich „der Fall“ soll deshalb näher beleuchtet werden. Jeder, der mit Juristen in der Ausbildung, im Examen und in der Berufsphase Umgang hat, wird merken, dass „der Fall“ ein durchlaufend wichtiges Gesprächsthema der Juristen ist und ein Element der Besonderheit des Rechtssystems und des Justizsystems bilden. Andere Wissenschaften und Berufsausbildungen kennen „den Fall“ nicht. Angemessenes Umgehen mit Fällen wird in der Ausbildung gelernt und in der Praxis routinisiert. Das geschieht vom ersten Semester an. Deshalb seien im Folgenden zuerst einige charakteristische Eigenschaften des Falles „an Erstsemester-Fällen“ gezeigt.

Das erste Exempel: Wie kommt zustande, dass die Juristen von Anfang an trainiert werden, einen anderen, ritualisierten Sprachgebrauch zu pflegen als normale Menschen? Ist das nur Spracheinübung oder geschieht typischerweise auch inhaltlich etwas, was aber nicht offengelegt wird, obwohl es offengelegt werden müsste. Die Konzentration auf Fälle hat auch ihre Konventionen, die nicht hinterfragt werden.

Das zweite Exempel soll die These belegen, dass es ein immanentes Spannungsverhältnis in typischen Anfängerfällen gibt: Einerseits gibt es Fälle, die sehr unrealistisch sind, und in denen deshalb die Gerechtigkeitsfrage nicht gestellt werden kann. Wenn sich im Märchen der Frosch in einen schönen Prinz verwandelt, dann kann bei einem Ereignis, dass sich so nie zugetragen hat und nicht zutragen wird, nicht über Gerechtigkeit nachdenken. Dort, wo der Realismus durch Rückgriff auf Revisionsentscheidungen verbürgt scheint, sind die Fälle typischerweise sehr komplex und die Wertung ist allein schon durch die notwendige Kenntnis von ökonomischen und institutionellem Geschehen für Anfänger überfordernd. Die Frage darf aber nicht lauten: Was ist die Lösung? Die Frage müsste nach dem Selbstbild der Rechtswissenschaft lauten: Was ist die gerechte Lösung!

Das dritte Exempel wirft noch einmal die Frage auf, ob es denn nicht möglich sein muss, durch Rückgriff auf Alltagsfälle und Alltagserfahrungen der Studierenden die Quadratur des Kreises zu bewirken, nämliche einfache, aber doch realistische Geschehnisse zum Ausgangspunkt zu machen. Meine These ist, dass der Alltag zu einem Teil Probleme mit sich bringt, die gar nicht so genannt werden können, und die die Juristen nie beschäftigen. Ein Joghurt ist verschimmelt. Zu einem anderen Teil der Alltagsgeschäfte findet man einen sehr hohen rechtlichen Komplikationsgrad vor, und alle Grundstrukturen werden von Komplexität überwuchert. Juristische Ausbildung ist von Anfang an Sozialisation in der Situation des Zurechtkommens mit Anforderungen, denen in zureichender Weise nicht genügt werden kann.

Insgesamt beleuchten alle drei Beispielsfelder eine Sozialisation, in der Wirklichkeit teilweise verfremdet wird, teilweise ausgeblendet und teilweise ignoriert wird, wobei gerade der Ernst der sozialen Konflikte verdrängt wird und statt dessen Unernst zum intellektuellen Milieu gehört. Alles das bleibt implizit und deshalb umso wirksamer als Sozialisation.

Exempel I: Die Einübung von Sprachkonventionen

Der folgende Text benutzt ein Beispiel aus dem Anleitungsbuch von Schimmel *(Roland Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 2. Auflage, Luchterhand Verlag).* Dieses Buch liegt inzwischen in 5. Auflage vor und es wird mit Sicherheit noch öfters aufgelegt werden. Es macht einen Vorgang explizit, der überall in der Anfängerausbildung zu beobachten ist. Der unten zitierte Text bei Braunschneider ist auch 350000 mal gedruckt worden.

Erstens: Bestimmte Sprachformen werden in der deutschen Juristenausbildung in einem Maße eingeübt, dass das hässliche Wort Dressur berechtigt ist. Unterthese dazu: Fachsprache in einem anspruchsvollen Sinn des Begriffs spielt dabei Nebenrolle. Zweitens: Die starke Konzentration auf bestimmte Wort- und Satzfolgen stehen in Gegensatz dazu, dass Wertungen von rhetorischer Stimmungsmache beeinflusst werden. Anmerkung dazu: Diese problematische Erscheinung ist in der Ausbildung nicht Thema.

Sprachliche Dressur d.h. die Einübung juristischer Sprachformen geschieht an Fällen wie dem folgenden:

> *K nimmt an V’s Kiosk Band 137 der Reihe „Schmerzen im Herzen – ein Arztroman“ aus dem Regal und legt das Heft und die DM 2,--, die der Preisaufdruck ausweist, auf den Tisch. V nimmt das Geld und schiebt das Heft zu K herüber.*
> *Hat V das Geld zu Recht vereinnahmt? (Schimmel a.a.O., S. 28)*

Im Klausurmuster ist klar, dass der Kioskinhaber das Geld als Kaufpreis behalten darf, wenn ein Kauf zustande gekommen ist und das Romanheft die Leistung war. Das wird nun mit einigen Fachworten ausgedrückt, nämlich Anspruch, Tatbestandsmerkmal und Sachverhalt. Soweit es um die Manier des Schreibens von Klausuren geht, ist das fachsprachliche Vokabular mit einem halben bis einem ganzen

Dutzend Termini vollständig erfasst. Sachverhalt bedeutet als Vokabel die Fallerzählung von diesem Kioskbesitzer, Anspruch z.B. ist hier eine Formulierung im Gesetz, in der gesetzlich festgelegt ist, dass ein Bürger (z. B. Verkäufer) von einem anderen Bürger (z. B. Käufer) zu Recht und notfalls durch Klage vor Gericht erfolgreich eine bestimmte Leistung verlangen kann. Tatbestand und das als Bestandteil darin enthaltene Tatbestandsmerkmal sind Sätze und Worte im Gesetz, die abstrakt die Voraussetzungen beschreiben, unter denen das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht. Man spricht juristisch von Anspruchsgrundlage in Präzisierung des allgemeinsprachlichen Begriffs Rechtsgrundlage.

Die Leistung des Autors Schimmel, besteht nun im Angebot von Formulierungsvorschlägen. In diesem hoch spezialisierten Buch sind es einige Hundert, in weniger spezialisierter Ausbildungsliteratur finden sich immer noch viele Formulierungsvorschläge, z. B.:

> *Ein Anspruch des „Anspruchsteller“ gegen „Anspruchsgegner“ auf „Anspruchsziel“ / Der von „Anspruchsteller“ geltend gemachte Anspruch auf „Anspruchsziel“ kann sich (zunächst / nur) aus „Anspruchsgrundlage“ ergeben / auf „Anspruchslage“ gründen / stützen. (Schimmel a.a.O., S. 37)*

Das wird nun vielfach variiert:

> *Ein Anspruch des „Anspruchstellers“ gegen „Anspruchsgegner“ würde voraussetzen, dass...*

Die Masse der Formulierungsvorschläge ergibt sich allerdings auch daraus, dass doch unterschiedliche Aspekte in den Vordergrund gestellt werden müssen. Z. B. kann es angemessen sein:

> *Angesichts des Fehlens (z. B. vertraglicher Verbindungen zwischen den Beteiligten) kommen nur (z. B. deliktische, aus vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzungen entspringende) Ansprüche in Betracht.*

Der Vorteil der Lektüre von Schimmel besteht nun darin, dass noch krassere sprachliche Engführungen durch Abschreiben der Formulierungsvorschläge vermieden werden. Diese sind namentlich im Strafrecht eingeübt worden und führen z. B. zu folgendem Standardsatz am Anfang einer Strafrechtsklausur:

> *Es ist zu prüfen, ob sich der A durch die Wegnahme der Brieftasche des B strafbar nach § 242 StGB wegen Diebstahl gemacht hat.*

Die Formel „es ist zu prüfen, ob“ ist dabei so gängig, dass allein sprachliche Variationen vom Stile „fraglich ist,...“ bereits eine positive Leistung sind. Allerdings ist die Hauptmasse der Vorschläge von Schimmel und vergleichbaren Autoren nicht auf so einfache Beispiele bezogen, sondern bringt durchaus schwierigere Leistungen auf den Punkt:

> *Ein großer / bedeutender / gewichtiger / nennenswerter / zunehmender usw. Teil / Der überwiegende / größte Teil der Lehre / der Schrifttums nimmt an / geht davon aus, dass ... (Schimmel a.a.O., S. 81)*

Es versteht sich von selbst, dass dabei Hinweise zur Grammatik gegeben werden*:*

> *Dagegen / Demgegenüber wird eingewandt / behauptet / geltend gemacht, dass ... (indirekte Rede – Konjunktiv! -). (Schimmel a.a.O., S. 80)*

Es findet also eine sprachliche Einengung statt. Diese steht in einer Parallelität zu einer inhaltlichen Einengung. Während bezüglich der sprachlichen Einengung durchaus selbst in der Ausbildungsliteratur noch kritisch hinterfragend Andeutungen vorkommen, findet die inhaltliche Einengung keine Erwähnung. Abwegig wäre im Jurastudium z.B folgende Bearbeitung der genannten Klausur, die ich hier der Deutlichkeit wegen ausformuliere:

> *Gesellschaftspolitisch gesehen ist die Produktion von Trivialliteratur, die von Herzen und Schmerzen handelt, ein Unterfall der „Traumfabriken“, vergleichbar Hollywood-Filmen und TV-Serien. In einer Zeit nachlassender gesellschaftlicher Relevanz von Religionen, die die Funktion des Opiums des Volkes wahrnehmen konnten, kommt solchen Traumfabriken eine wichtige gesellschaftsstabilisierende Funktion zu. Also bekommt der V für seine gesellschaftlich nützliche Leistung zu Recht Geld.*

Eine solche Bearbeitung wäre ebenso abwegig wie das Schreiben von wertenden Kommentaren, etwa als Vorbemerkung:

Zuerst möchte ich den Tonfall der Sachverhaltsschilderung monieren. In den Übertreibungen (z. B. der kitschige Titel mit Schmerzen und Herzen) wird ein Stück deutschen Akademikerdünkels sichtbar, von dem ich mich distanzieren möchte.

Solche Bezüge zum gesellschaftlichen Hintergrund oder zur individuellen Problemsicht sind – verkürzend gesprochen – tabu, genauso wie etwa ein individuelle Distanzierung von Akademikerdünkel, der im Klausurtext spürbar wird (z.B.: "Band 137" signalisiert: immer derselbe Inhalt!).

Eine weitere Regel mit außerordentlich weitergehender Befolgung lautet: Das Wort „ich" ist zu vermeiden! Der Richter entscheidet, der Rechtsanwalt plädiert, aber die Vorbereitung auf solche Berufspraxis geschieht unter strikter Verdrängung des Subjekts. Die schon zitierte Standardformel "Es ist zu prüfen, ob..." lässt auch die Frage danach offen, wer denn jenes „es" ist, wer die Kommandogewalt über denjenigen hat, der nun in die Arbeit des Prüfens eintritt. Ein besonders zynisches, aber in der Ausbildung bei Studierenden sehr beliebtes Buch sagt hierzu:

Wir schreiben nie: „Ich bin der Auffassung ... Statt dessen quälen wir uns über ein „Richtigerweise ist hier festzuhalten ..." bis zu einem „Man muß also festhalten, dass ...". Ich glaube, dass die Vermeidung des Wortes „ich" damit zu tun hat, dass die Vermeider sich vor der Verantwortung drücken. Darin haben die Deutschen viel Erfahrung. (Braunschneider 2000, S. 44 f).-

Diese Kritik hat ist folgenlos geblieben, und die Sprachkonventionen haben einen wichtigen Anteil an der Grenzziehung zwischen Juristen und anderen Menschen.

Exempel II: Anfängerfälle in der Zwickmühle Irrealität/Wertungsproblematik.

Die folgenden zwei Fälle stammen aus Jörg Fritzsche, Fälle zum BGB – Allgemeiner Teil, Beck Verlag, München 2004. Der Kollege Fritzsche ist 1963 geboren und seine moderne Fallsammlung ist in jeder Weise geeignet, exemplarische Aussagen zuzulassen.

Studentin Sandra (S) hat den ganzen Tag in der Bibliothek an ihrer Hausarbeit gebastelt. Gegen 19.30 Uhr spürt sie eine unangenehme Leere in der Magengegend. Um dagegen ohne großen Zeitverlust etwas zu unternehmen, sucht sie einen in der Uni aufgestellten Warenautomaten auf, der ein reiches Angebot an Schoko- und ähnlichen Riegeln enthält. Sandra entschließt sich zum Erwerb eines Schokoriegels der Marke „Pappsüß". Auf der Wahltaste für diesen Riegel steht: „Pappsüß – 0,50 €. Sandra wirft eine entsprechende Münze in den Automaten und drückt die besagte Taste. Es kracht und scheppert, doch heraus kommt nichts. Auch das Drücken auf die Geldrückgabetaste führt zu keinem Erfolg. Zufällig kommt der Automatenaufsteller Amberger (A) des Weges, um dem Automaten die Tageseinnahmen zu entnehmen und ihn aufzufüllen. Sandra erläutert ihm das Geschehene und verlangt einen Schokoriegel „Pappsüß". Amberger hat solche Riegel nicht dabei, und in dem Automaten sind auch keine mehr. Er will daher die 0,50 € zurückzahlen, doch Sandra besteht auf der Lieferung eines Schokoriegels. Wer hat Recht?

Der Sandra-Fall ist gekennzeichnet durch Irrealität. Er hat folgende typischen Eigenschaften:

1. Es geht um sehr wenig, nämlich um 50 Cent und eigentlich um noch weniger.

2. Das angebliche Alltagsgeschehen wird zum Fall dadurch, dass ein großer Zufall eintritt: Der Automatenaufsteller kommt in Person genau dann vorbei, wenn Sandra Schwierigkeiten hat.

3. Sandra ist schwachsinnig. Sandra hat einerseits Hunger, und andererseits versteift sie sich darauf, etwas zu wollen, was nun mal nicht da ist. Wenn ich Hunger habe, nehme ich meine 50 Cent und schaue mich um, was ich bei welchem Automaten oder bei welcher Döner-Bude dafür bekomme. Richtig wäre die Anwendung von § 105 Abs. 2 2. Variante BGB.

Fazit: Die Kombination von Bagatelle, Zufall und Schwachsinn hat nur eine Erklärung: Der Anfänger im BGB beschäftigt sich mit Vertragsschluss und deshalb müssen Fälle mit aller Gewalt so konstruiert werden, dass es um primäre Ansprüche geht. In der Realität geht es aber ganz überwiegend um Sekundär-Ansprüche, und es gibt wenig Zufälle, und wer Hunger hat, benimmt sich anders als Sandra. Die Frage nach der Gerechtigkeit des Ergebnisses lässt sich überhaupt nicht stellen. Selbstverständlich würde kein normaler Mensch und niemand, der Jura studiert, so handeln wie Sandra. Eingeübt wir der Unernst der Entscheidungssituation, die Sicherheit, dass die Entscheidung getroffen werden muss (in der Ausbildung aus den Zwängen der Ausbildung heraus), aber dass man kalten Blutes so oder anders entscheiden kann, auch wenn es nach dem Text der Aufgabenstellung

um die Belange einer Kommilitonin zu gehen scheint. Erträglich gemacht wird das alles durch eine bemühte Lustigkeit, die mithilft, sich auf Fälle als geschlossene fiktive Sinnsysteme einzulassen.

Was lernt der Studierende der Rechtswissenschaft im ersten Semester durch den Sandra-Fall? Verlernt wird, aus seiner eigenen Lebenspraxis heraus vernünftige Erwägungen anzustellen und in angemessene soziale Problemlösungen zu giessen. Man stelle sich etwa folgenden Lösungstext vor, wenn der Sandra-Fall als Klausur gestellt wäre: „Mir ist es auch schon öfters passiert, dass ich Münzen in einen Automaten geworfen habe und weder die Ware herauskam, noch die Münze zu bekommen war. Da hat schon öfters ein wiederholtes Drücken des Rückgabeknopfes geholfen und kein Faustschlag an die Seitenwand des Automaten. Deshalb soll Sandra doch froh sein, wenn sie ihre Münzen zurückbekommen hat und damit zur nächsten Pommes-Bude gehen kann. Die Lösung des Falles besteht darin, dass man ihr rät, etwas anderes zu essen". Positiv lernt der Studierende aber etwas ganz anderes, nämlich eine untergründige Anforderung der Institution. Wenn der Sandra-Fall als Anfänger-Klausur mit 120 Minuten Bearbeitungszeit gestellt worden ist, dann muss die Lösung ungefähr so aussehen, dass man als Anfänger sie in 110 Minuten ausdenken und schreiben kann und dann den Text noch einmal lesen kann. Eine Lösung, die so kurz ist wie die eben ausformulierte, ist in doppelter Weise falsch. Sie ist nicht nur unjuristisch, sondern sie ist auch außerhalb des rechtswissenschaftlichen Ausbildungssystems, in dem die Zeitbegrenzung vorgibt, wie viel Text gut und richtig als juristische Problemlösung sind. Wer länger nachdenken will, bekommt in der Note bescheinigt, dass er kein guter Jurist ist. „Falsche Zeiteinteilung – mangelhaft!" Das gilt dann auch für die Examensklausuren, deren Benotung durchaus steuernde Wirkung dafür hat, ob der Absolvent dieser Ausbildung den Richterberuf erwerben kann oder „höchstens" Anwalt wird, oder ob er gar nach zweimaligem Durchfall zur Kenntnis nehmen muss, dass er nie Jurist geworden ist.

Hinsichtlich des Examens hat es immer eine gewisse Diskussion über die Didaktik der Prüfung gegeben, und in dieser sind die Klausuren gerechtfertigt worden durch die Behauptung, sie entsprächen in ihrer Zeitbegrenzung einer realen Arbeitssituation von Juristen in der Praxis. Das ist Unsinn, weil die Situation der Examensklausur in der Praxis nie vorkommt. Es ist völlig unmöglich, dass man sich 5 Stunden lang mit Norm-Problemen beschäftigt, ohne ein einziges Mal einen Kommentar nachzuschlagen, oder Rechtsprechung in einer Datenbank zu recherchieren. In der Klausur lernt man nicht, gute juristische Arbeit zu leisten, sondern man wird Jurist.-

Die Frage ist nun, ob man der Schwierigkeit entkommen kann, wenn man sich an Bundesgerichtshofsentscheidungen anlehnt. Sind Praxisfälle dazu angetan, dass der Studierende die Wertungen der Rechtsordnung in ihrer Gerechtigkeit für soziale Probleme durchdenkt. Dafür steht bei Fritzsche ein Fall im Anschluss an BGH, NJW. 1984, 2279, gekürzt, wiederholt als Fall mit Verweis auf Rüthers und Stadler *(Bernd Rüthers und Astrid Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 13. A., § 17 Rz 5)*

> *Die Klägerin hatte von ihrer Kundin, der Firma S, verlangt, Bankbürgschaften zur Sicherung aus Lieferungen herrührender Verbindlichkeiten beizubringen. Das sagte der Geschäftsführer der S auch zu. Er nahm einen von der Kl. am 4. 9. 1981 ausgestellten, auf die S gezogenen Wechsel über 259046,83 DM für diese Firma an. Am 8.9.1981 richtete die Bekl. Sparkasse folgendes Schreiben an die Kl.: „Unsere Bürgschaft in Höhe von 150000 DM zugunsten Firma S-GmbH-M. ... zugunsten der Firma S-GmbH, M. haben wir gegenüber Ihrer Firma die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 150000 DM übernommen. Wir wären Ihnen für eine kurze Mitteilung sehr verbunden, wie hoch sich die Verpflichtungen der Firma S-GmbH bei ihnen derzeit belaufen ...". Die Kl. antwortete unter dem 17.9.1981: „Wir danken für Ihr Schreiben vom 8.9.1981 und haben gerne zur Kenntnis genommen, dass Sie gegenüber der Firma S-GmbH ... die selbstschuldnerische Bürgschaft gegenüber unserer Firma in Höhe von 150000 DM übernommen haben. Unsere Forderungen an die oben genannte Firma betragen 236102,54 DM". Am 24.9.1981 schrieb die Bekl. an die Kl.: „Zu Ihrem Schreiben vom 17.9.1981 teilen wir Ihnen mit, dass wir an Sie gegenüber S-GmbH-M keine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 150000 DM übernommen haben. Die in Ihrem Schreiben angeführten Ausführungen treffen daher nicht zu ...". Nachdem die Kl. am 28.9.1981 auf den Widerspruch zu dem Schreiben vom 8.9.1981 hingewiesen hatte, entgegnete die Bekl. unter dem 6.10.1981: ...". Bei dem Schreiben vom 8.9.1981 ging unsere Zweigstelle davon aus, dass gegenüber der Kl. eine Bürgschaft besteht. Diese Annahme beruhte auf einem Irrtum. Im Dezember 1980 war auch die Übernahme einer Bürgschaft gegenüber der Firma A im Gespräch. Diese Bürgschaft kam jedoch nicht zustande. Nachdem unsererseits gegenüber der Firma A keine Bürgschaftsverpflichtung besteht, können wir die von Ihnen geforderte Zahlung nicht leisten ...". Mit Schreiben vom 17.11.1981 focht die Bekl. „eine etwa erteilte Bürgschaftserklärung nochmals wegen Irrtums vorsorglich an".*

Das Beispiel ist gekennzeichnet durch große Wertungsschwierigkeiten; es zeigt folgende typische Eigenschaften:

Der Fall ist bereits in der Lektüre für Anfänger sehr kompliziert.

Die Entscheidung darüber, ob derjenige, der über eine Bürgschaft unvorsichtig redet, dann auch als Bürge zahlen muss, ist dogmatisch sehr schwierig. Selbst der Leitsatz der BGH-Entscheidung ist nach allgemeiner Meinung mit einem deutlichen Fehler behaftet. In der Hauptlinie fällt die Entscheidung des BGH und dann auch die Musterlösung bei Fritzsche durch die Interpretation sehr offenen und schwierigen Tatbestandsmerkmals. Die Lösung des BGHs, die Fritzsche als Standardlösung vorgibt, lautet nämlich: Einerseits liegt eine Willenserklärung vor, aber andererseits hätte der Erklärende diese deutlich und unverzüglich anfechten können und damit sich vor der Zahlungspflicht in Höhe von 150.000 schützen können. Jetzt ist die Frage, was im Geschäftsverkehr „präzise“ und „unverzüglich“ ist. Auf welcher Wissensbasis sollen die Abiturienten nach Ableistung des Wehrdienstes die Anforderungen zu Schnelligkeit und Präzisionsgrad von kaufmännischen Schreiben begründen? Und auf die guten Argumente kommt es schließlich an, so hört man immer.

Dazu kommt Gravierenderes: Ob die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gerecht war, haben nur die Richter sicher beurteilen können. Es gibt zwei Möglichkeiten: Entweder hat der, dem hier eine Bürgschaft und damit letztendlich 150.000 € in den Schoß gefallen sind, quasi einen Lotteriegewinn gemacht und sein Reichtum ist ohne seine Arbeit und sein Zutun erstaunlich vermehr worden. Oder es könnte so gewesen sein – aber das weiß man nicht und kann man als Bearbeiter einer solchen Aufgabe nicht wissen –, dass eine sofortige und präzise Anfechtung den Geschäftspartner in den Stand versetzt hätte, sich rechtzeitig auf andere Weise zu sichern und durch diese Mühewaltung am Ende den gleichen ökonomischen Effekt zu erzielen, wie ihn die Wirksamkeit der Bürgschaft gebracht hätte. Wenn das so war, dann spricht das für das Ergebnis des Bundesgerichtshofs. Für den Bearbeiter des Falls bleiben entscheidende Fragen offen, und er lernt, ohne Rückfrage zu entscheiden.

Reale Fälle haben einen für Anfänger hohen Komplexitätsgrad und für eine umfassende Diskussion sind dann typischerweise die Angaben immer noch nicht ausreichend. Die Entscheidungen benötigen Hintergrundwissen, dass man nicht einfach voraussetzen kann. Der Studierende lernt, eigene Wissenslücken zu übergehen und trotzdem zu begründen.

Fazit: Der Bürgschafts-Fall ist die Kehrseite der Medaille Sandra-Fall. Beide Male werden Gewohnheiten eingeübt, die den „fertigen Juristen“ vom „Laien“ trennen.

Exempel III: Anknüpfung an ein reales Alltagsgeschäft?

Das Beispiel für ein Alltagsgeschäft, das nicht ganz einfach und deshalb kulanzgesteuert ist, und das an die Lebenswelt der Studierenden anknüpft, ist der Kauf eines Buches bei Amazon. Da gibt es selbstverständlich Allgemeine Geschäftsbedingungen. Hier einige Auszüge:

> *Für die Geschäftsbeziehung zwischen Amazon.com Int'l Sales, Inc. (nachfolgend Amazon.de) und dem Besteller gelten ausschließlich die nachfolgenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihrer zum Zeitpunkt der Bestellung gültigen Fassung. Abweichende Bedingungen des Bestellers erkennt Amazon.de nicht an, es sei denn, Amazon.de hätte ausdrücklich schriftlich ihrer Geltung zugestimmt. Amazon.de ist der Handelsname für Amazon.com Int'l Sales*, Inc. und Amazon Services Europe S.a.r.l.
>
> *Ihre Bestellung stellt ein Angebot an uns zum Abschluss eines Kaufvertrages dar. Wenn Sie eine Bestellung bei Amazon.de aufgeben, schicken wir Ihnen eine E-Mail, die den Eingang Ihrer Bestellung bei uns bestätigt und deren Einzelheiten aufführt (Bestellbestätigung). Diese Bestellbestätigung stellt keine Annahme Ihres Angebotes dar, sondern soll Sie nur darüber informieren, dass Ihre Bestellung bei uns eingegangen ist. Ein Kaufvertrag kommt erst dann zu Stande, wenn wir das bestellte Produkt an Sie versenden und den Versand an Sie mit einer zweiten E-Mail (Versandbestätigung) bestätigen. Über Produkte aus ein und derselben Bestellung, die nicht in der Versandbestätigung aufgeführt sind, kommt kein Kaufvertrag zu Stande.*
>
> *Der Vertrag kommt mit Amazon.com Int'l Sales, Inc. zu Stande.*
>
> *Amazon.de bietet keine Produkte zum Kauf durch Minderjährige an. Auch unsere Produkte für Kinder können nur von Erwachsenen* gekauft werden.
>
> *Die gelieferte Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung im Eigentum von Amazon.de.*

Welche typischen Beobachtungen kann man daran machen?

> *1. Die dogmatisch elementare Trennung von Vertragsabschluss und Vertragserfüllung wird verwirbelt. Sie wird in der Weise variiert, dass die expliziten Erklärungen noch kein Vertragsabschluss sind und der Vertragsabschluss in der Erfüllungshandlung selbst stattfindet.*
>
> *2. Selbstverständlich gilt die heilige Kuh der Juristenausbildung, das Abstraktionsprinzip, nicht. Die Kaufpreiszahlung bewirkt den Eigentumsübergang.*
>
> *3. Der Minderjährigenschutz vom 1.1.1900 mit den Komplikationen der §§ 106 ff. wird rechtlich beiseite geschoben.*
>
> *4. Vervollständigt wird das Bild durch die Tatsache, dass dem Geschäftspartner von Amazon in den AGBs mitgeteilt wird, mit wem er seinen Vertrag schließt.*

Fazit: Der Anfänger, der gleichzeitig die Dogmatik des Allgemeinen Teils des BGBs verstehen soll und die AGBs von Amazon, wird von diesem Spagat typischerweise überfordert sein.

Selbstverständlich liesse sich das Spannungsverhältnis in der Weise auflösen, dass man in der Juristenausbildung folgendermassen vorgeht: Man erzählt den realen Ärger, den man mit Amazon hatte und bittet dann die werdenden Juristen, im Hin und Her zwischen AGBs und Sachverhalt für eine Konfliktlösung zu argumentieren. Diese Möglichkeit wird in der deutschen Juristenausbildung hartnäckig ausgeblendet, denn solches Argumentieren wäre das Verhalten eines normalen Menschen, nicht eines Juristen.

Kap. 11

Richterliches Entscheidungsverhalten real

Zum Konzept der Darstellung

Richterliches Entscheidungsverhalten ist als Thema sehr abstrakt und sehr komplex. Wenn man die daraus resultierenden Gefahren vermeiden will, dann muss man einzelne Geschichtserzählungen exemplarisch interpretieren. Im Folgenden wird mit einer längeren Reihe von Zitaten aus Rüdiger Lautmann *(Rüdiger Lautmann Justiz – Die stille Gewalt, Frankfurt 1972)*, gearbeitet. Sie belegen Thesen zum realen richterlichen Entscheidungsverhalten. Ausserdem sollen diese Zitate den, der noch nicht Praktiker ist, dazu animieren, möglichst viele Prozesse im Privatleben und in den Medien wahrzunehmen und zu analysieren. Der Vergleich von einerseits juristischem formellem Programm und dogmatischer Routine und andererseits realem, quasi alltäglichem Entscheidungsverhalten kann beim Blick in Tageszeitung und TV fortgeführt werden. Der Text soll Lust machen, selbst über Berichte aus der Wirklichkeit des Rechts nachzudenken. Deshalb steht am Schluss auch der Hinweis auf eine andere Quelle solcher wissenschaftlich aufgearbeiteter Praxisberichte, die zu eigenem Nachdenken Stoff geben.

Vorbemerkungen zu Lautmann als Ereignis der deutschen Justizgeschichte

Lautmanns Untersuchung hat aber eine Sonderstellung, die Vorbemerkungen verlangt, und zwar in verschiedenen Hinsichten.

Lautmann hat längere Zeit als Richter gearbeitet und dabei als Soziologe mit der soziologischen Methode „Teilnehmende Beobachtung" empirisch geforscht. Eine Fülle von Ergebnissen wurde dadurch möglich, dass seinerzeit ein Oberlandesgerichtspräsident Wassermann diese Forschung unterstützt hat, in dem er für einen schnellen Wechsel der Gerichte gesorgt hat, in denen Lautmann mit anderen Richtern tätig war. Lautmann hat zeitnah Protokolle von einzelnen Situationen geschrieben, die ihm für die Beschreibung richterlichen Entscheidungsverhaltens wichtig waren. Im wesentlichen hat er seine Doppelrolle als Richter und Institutionsangehöriger einerseits und als Forscher und Protokollant andererseits vor denen geheim gehalten, mit denen er umgegangen ist. Er entsprach damit einem Erfordernis der soziologischen Methode.

Das ist nun der erste Aspekt, den man im Umgang mit Lautmanns Protokollen kennen muss. Die Tatsache, dass Lautmann seine Rolle als Beobachter nicht offen gelegt hat, hat in der Diskussion seiner Forschungsergebnisse vielfach den Vorwand für eine pauschale Ablehnung und Ignorierung geliefert. Es gab sehr viele Juristen, die die Inhalte gar nicht zur Kenntnis genommen haben und statt dessen sich darüber erregt haben, dass Lautmann als Richter seine Kollegen hintergangen habe. Dazu wird man nun mehrere Argumente bedenken müssen. Ganz prinzipiell gilt, dass in der Geschichte der Wissenschaft als Aufklärung der Menschheit über sich selbst immer wieder der Bruch geltender Regel notwendig war.

> *Die klassische historische Anekdote dazu lautet: Die realitätszugewandten Chirurgen der ausgehenden Renaissance brauchten Leichen, um die Realität der menschlichen Anatomie kennen zu lernen, und sie stahlen diese entgegen den kirchlichen Verboten von Friedhöfen. Historisch ist natürlich alles viel vielfältiger, vgl. Anna Bergmann, Der entseelte Patien – Die moderne Medizin und der Tod, Berlin 2004, zB S. 140.*

Wissenschaft hat ihre eigenen Anforderungen und sie muss sich manchmal antizipativ über gesellschaftliche Regeln hinwegsetzen, die sich später unter dem Eindruck ihrer Ergebnisse so wie so veränderten. In der zweiten Linie ist die generelle Debatte über die Vertraulichkeit von irgendwelchen Situationen und u. a. der richterlichen Beratungssituation zu erwähnen. Gab es denn wirklich Anlass, die Veröffentlichung nicht zu wollen, und wie interpretierte derjenige, der die Veröffentlichung für einen Skandal hielt, die protokollierten Äußerungen der Richter in den Beratungssituationen? Die Ablehnung der Methode der teilnehmenden Beobachtung basierte auf schlechtem Gewissen. Selbstverständlich war das Ergebnis von Lautmann, dass die Prozessordnung nicht das einzige Reglement richterlichen Handelns und Kommunizierens war und dass die juristische Dogmatik nicht allein das materielle Entscheidungsprogramm ist. Das erfährt aber auch jeder, der an einem Juristenstammtisch Richter hat über ihre Fälle sprechen hören. Die methodisch kontrollierte Form von Lautmann hat nur nachvollziehbar gemacht, was jeder Kenner der Institution immer schon wusste.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass sich seit Lautmanns Forschung die Situation in der juristischen Praxis nicht so geändert hat, dass die Ergebnisse Lautmanns veraltet wären. Das Nebeneinander vom formellen Programm und einer beschreibbaren realen Praxis ist geblieben.

Teilnehmende Beobachtung als soziologische Methode und das generelle Methodenproblem

Als Methode ist teilnehmende Beobachtung das, was der Name sagt. Jemand, der die Realität innerinstitutionellen Geschehens untersuchen will, geht in die Rolle eines Institutionsangehörigen, dessen Fähigkeit als Praktiker der Forschung dahin besteht, sein Erleben in überschaubare und aussagekräftige Protokolle zu fassen. Dazu muss er natürlich vorgängige Fragestellungen haben. Seine Hypothesen bestimmen die Wahrnehmung mit.

Man kann nun die Ergebnisse dieser Forschung ablehnen, in dem methodische Bedenken geltend gemacht werden. In der Tat handelt es sich wie bei einem naturwissenschaftlichen Experiment letztendlich um eine spezifisch zugerichtete Wahrnehmung. Aus der Wissenschaftstheorie ist die Anforderung geläufig, dass die Ergebnisse von Beobachtungen überprüfbar sein müssen. Bei naturwissenschaftlichen Experimenten wird dies gewöhnlich in die Form gekleidet, diese müssten wiederholbar sein für jeden anderen Forscher. Es ist aber völlig klar, dass nicht ein halbes Dutzend weitere junger Soziologen mit der Doppelqualifikation Diplomsoziologe/Richterreife von einem Oberlandesgerichtspräsidenten durch zahlreiche Gerichte geschleust werden können. Die Forschung Lautmanns ist praktisch unwiederholbar. Man kann nur auf Grund anderer Seriositätskriterien Lautmann glauben, dass er gehört hat, was er aufgeschrieben hat. In der Tat ist die Anforderung der Wiederholbarkeit ein Artefakt einer bestimmten Praxis der Forschung. Sie ist eine Regel, die Ausnahmen erlauben muss. Auch für die Naturwissenschaft, aus der diese Anforderung stammt, gilt: Der Forscher muss sich mit einem Kugelblitz beschäftigen können oder einer Supernova, auch wenn diese für seinen Forscherkollegen nicht beliebig reproduzierbar sind.

Die Legitimität von teilnehmender Beobachtung als Methode wird nicht dadurch gewährleistet, dass ihre Ergebnisse wahr sind, sondern dadurch, dass sie ihre Ergebnisse so wahr wie möglich sind. Ganz allgemein ist festzuhalten, dass es eine unaufhebbare Differenz zu dem Phänomen und seiner Beobachtung gibt.

Zu diesem allgemeinen Problem der Methode kann man folgende Reihe aufmachen:
Ein Forscher versucht über Richter etwas zu erfahren, in dem einen kurzen Fragebogen mit schnell beantwortbaren Fragen (Beruf des Vaters, Einkommen der Ehefrau etc.) an 10.000 Richter verschickt. Es wird eine vergleichsweise hohe Rücklaufsquote geben und man kann mit einiger Hoffnung auf Rücklauf denselben Fragebogen 3 Jahre später vom neuen verwenden.

Ein Forscher könnte ein Fragebogen mit den genanten Fragen und sehr viel schwierigeren anderen verschicken. Dann kann man z. B. niedrige – mittlere - hohe Zustimmung zu dem Satz erfragen, dass Mütter sich im Zweifel besser um ihre Kinder bekümmern können als Väter. Von einem solchen Fragebogen weiß man vorher, dass die Rücklaufquote niedriger ist, und dass man auch schon gar nicht so viele verschicken kann, weil eine unendliche Masse von Daten gar nicht verarbeitet werden kann.

Man kann eine kleinere ausgesuchte Gruppe von Richtern mit einem seelenmassierenden Begleitbrief einen fiktiven Fall versenden und dessen Lösung erbitten. Wenn man sinnvolle Ergebnisse will, dann muss man höchst zeitaufwendige Nachbefragung vorsehen, wie dies Drosdeck u. a. gemacht haben. Derjenige, der die Ergebnisse nicht wahr haben will, wird immer noch einen Einwand haben: Der Fall war fiktiv, und das Entscheidungsverhalten von Menschen in der Ernstsituation und in der Fiktion könnte es sich in relevanter Weise unterscheiden.

Der teilnehmende Beobachter beobachtet Entscheidungen in der Echtzeit der (eben nicht fiktiven!) Praxissituationen. Wer seine Ergebnisse nicht wahrhaben will, wird auf die Prägekraft der Hypothese hinweisen, auf die Subjektivität der Wahrnehmung, auf die Unwiederholbarkeit der Forschung.

Diese Einwände sind seitenverkehrt dieselben Einwände, die gegen den Schluss von einfachen Daten auf richterliches Entscheidungsverhalten anzubringen sind. Was sagt es über das Entscheidungsverhalten der Richter in konkreten Fällen aus, wenn man von einer großen Masse von Richtern weiß, zu welcher Einkommensklasse ihr Vater gehört hat? In dieser Verkürzung ist die Antwort klar: Nichts.

Wie immer man es anfängt, jedenfalls führt keine soziologische Methode zu der Sorte von objektivem Wahrheitsbeweis, die man sich in den Naturwissenschaften des ausgehenden neunzehnten Jahrhunderts vorstellte (und die moderne Naturwissenschaftler für nicht möglich halten).

Die Forschung zu richterlichem Entscheidungsverhalten ist also darauf angewiesen, möglichst viele Beobachtungen zu machen und ferner möglichst mit verschiedenen Methoden zu arbeiten und durch die Interpretation von beobachteten Daten Ergebnisse vorzuschlagen, die sich möglicherweise mit den Ergebnisse anderer Forschungen mit anderen Methoden in ein plausibles Gesamtbild zusammenfügen. Die Plausibilität kann im Laufe der Zeit und der weiteren Forschungen wachsen.

Der juristische Bezugspunkt: Das Subsumtionsmodell

Lautmanns protokollierte teilnehmende Beobachtung säte Zweifel gegenüber der Realität des Entscheidungsmodells, das jene Juristen in ihrer Ausbildung internalisiert hat. Dieses Entscheidungsmodell hat sich bis heute flächendeckend behauptet und es lässt sich kurz folgendermaßen charakterisieren:

> *Dem deutschen Richter wird eine Entscheidungssituation von außen (typischerweise von den Parteien, im Strafrecht letztlich vom Angeklagten und dann von der Staatsanwaltschaft) vorgegeben;*
> *von da ab läuft ein formales Programm im kleinteiligen Wechsel von Prozessrecht und materiellem Recht;*
> *das Prozessrecht mit den Einteilungen Öffentliches Recht, Zivilrecht, Strafrecht gibt z. B. die Zuständigkeit des Gerichtes vor;*
> *in der am stärksten bewusstseinsbildenden Rubrik, dem Zivilrecht, werden die Schritte im Gedankengang durch die Relationstechnik vorgegeben (Klägerstation, Beklagtenstation, Beweisstation usw.);*
> *eingeschlossen in diese Gedankenschritte sind die materiellrechtlichen Prüfungen einer überschaubaren Zahl von Anspruchsgrundlagen, die aus der Textkenntnis des Gesetzes heraus in überschaubarer Zahl angebbar sind;*
> *jede Anspruchsgrundlage enthält in Tatbestand und Rechtsfolge Tatbestandsmerkmale im Gesetz und ferner auch in der Dogmatik;*
> *wo diese nicht völlig unproblematisch sind, kommt der methodische Abzählreim zur Geltung: wörtliche Auslegung, systematische Auslegung, historische Auslegung, teleologische Auslegung und Analogie;*
> *auf jeder der Ebene kann der Richter zu einer Wertung gezwungen sein, aber Wertungen erfolgen an ausweisbaren Stellen des feststehenden Grundgerüstes und sind dadurch quasi domestiziert.*

Diese Grundannahmen der deutschen dogmatischen Rechtswissenschaft hatten rechtswissenschaftsinterne Erschütterungen überlebt. Die Freirechtsschule hatte man mehr oder minder ablaufen lassen, eine Lehre aus der nationalsozialistischen Zeit war nicht gezogen worden, ein so systemverträglicher Vorstoß wie der Hinweis auf Topik als Suchverfahren im Prozess der Problemlösung war im wesentlichen Thema eines engen Kreises von Rechtstheoretikern, die die Dogmatik nicht beeinflussten. Im Vergleich dazu hatten die Ergebnisse teilnehmender Beobachtung ein reinen reißerischen Flair, also ungefähr entsprechend der Formulierung „Die Wahrheit über ...!“

Die Thesen

Jene Wahrheit lässt sich in einigen Thesen fassen:

> *1. Juristisches Entscheiden ist auch in seinem paradigmatischen Fall, beim richterlichen Entscheiden nämlich, analysierbar wie Entscheiden überall sonst. Die allgemeine soziologische Entscheidungstheorie mit ihrer Aufgliederung und unterscheidbaren Vorgängen ist als Kategoriengebäude aus dem Alltag abstrahiert und trotzdem eine plausible Darstellungsfolie.*
>
> *2. Auf allen Ebenen (Faktenselektion, Normenbehandlung, Nachprozesse etc.) sind erhebliche Entscheidungsspielräume zu registrieren für die typischerweise nicht nur ein einziges Entscheidungsprogramm zur Verfügung steht. Der Richter kann sich an formalisierten Informationen gebunden betrachten, er kann aber auch auf seine eigenen Alltagstheorien zurückgreifen. Der Richter kann Recht und Gesetz und damit Rechtssicherheit beschwören, aber er kann auch fallweise „pragmatisch“ handeln. Feste Regeln für den Übergang von der einen zur anderen Programmstruktur oder für die vorgängige Auswahl des in der Entscheidungssituation befolgten Programms sind nicht erfahrbar.*
>
> *3. Es gibt zwar keinen festen Kodex von wirklich steuernden Normen oder von zulässigen Regeln für das Umgehen mit Fakten, aber für den teilnehmenden Beobachter ist jedenfalls der*

Anteil von Entscheidungserwägungen überraschend hoch, die rückbezüglich sind auf die institutionellen Begebenheiten und das Personal der Justiz selbst. –

Gerade an der letzten Beobachtung zeigt sich noch einmal sehr deutlich, weshalb Lautmanns Protokolle als Angriff auf die Justiz missverstanden werden muss. Wie immer man den oben skizzierten idealisierten Selbstbild richterlichen Handelns den Vorgang der Wertung verortet, sicher ist jedenfalls: Das offizielle Curriculum der Juristenausbildung bezieht Wertung immer nur auf die Konfliktparteien und sonstige Umwelt. An dieser Stelle sind es typischerweise die Repetitoren, die für Geld die wirkliche Juristenausbildung betreiben, die die „Wahrheit über das dogmatische Falllösen" verkünden. Bei den Repetitoren erfährt man, dass man in der Klausursituation die Gedankengänge des Aufgabensteller nachvollziehen muss und zu dem schreiben muss, was der Aufgabensteller offenbar als Problem behandelt haben wollte. Hier wird auch die Anpassung an die übrigen materiellen Gegebenheiten eingeübt (z. B. Klausurdauer 120 Minuten), die sich bei einer freien wertenden Problembearbeitung keineswegs von selbst verstehen. Institution und darin tätige Personen geben vor, was vom werdenden Juristen an Nachdenken verlangt ist.

Das allgemeine Entscheidungsmodell

Rüdiger Lautmann hat den damaligen Stand der soziologischen Entscheidungstheorie soweit abstrahiert, dass man seine Zusammenfassung getrost für aktuelle Diskussionen übernehmen kann *(Rüdiger Lautmann, aaO 14 f):*

„Soziologen charakterisieren den Ablauf von Entscheidungsprozessen oft durch Angabe von Phasen.…

In der ersten Phase wird das Problem identifiziert; der Richter klärt, ob und worüber er zum Urteil angerufen ist.

In der zweiten Phase werden Alternativen zur Lösung gesammelt; der Richter erwägt die Möglichkeiten, zu einem Urteil zu kommen.

In der dritten Phase werden zu jeder Alternative Fakten eingeholt; der Richter ermittelt aus Schriftsätzen und Beweisaufnahmen den Sachverhalt.

In der vierten Phase werden die normativen Prämissen betrachtet; der Richter überlegt, ob die Alternativen rechtlich zutreffen.

In der fünften Phase wird eine Alternative ausgewählt; der Richter entschließt sich zum Urteil.

In der sechsten Phase wird die gewählte Alternative ausgeführt; das Urteil wird verkündet, begründet und zugestellt.

In der siebten Phase schließlich finden diverse Nachprozesse statt (post-decision-process); der Entscheider erlebt und reduziert Dissonanz, empfängt Kritik, lernt für künftige Entscheidungen. -

Keineswegs immer sind diese sieben Phasen getrennt oder laufen in der angegebenen Reihenfolge ab; oft kehrt der Entscheider zu früheren Phasen zurück und überspringt andere. Die Phasen ergeben nicht mehr als ein deskriptives Schema, das komplizierte Entscheidungen überschaubar und Teilprozesse klassifizierbar macht."

Lässt man als Leser dieses Schema durch Vergleich mit alltäglichen Situationen auf sich wirken, dann kann man Realismus konstatieren. Das macht die Differenz zu der juristischen Entscheidungsdarstellung noch deutlicher, die einer bestimmten normativen Konzeption folgt. Tatsächlich kann man angesichts der Gesamtheit von Lautmanns Protokollen nicht leugnen, dass sich in dem Schema juristisches Entscheiden plausibel und bruchlos abbilden lässt. Soweit Lautmann selbst zum Thema Problemidentifikation kein Material beibringt, lässt sich das aus einer anderen Quelle nachholen.

Faktenermittlung entsprechend dem normativen Programm

Fakten unterliegen einem normativen Programm. In der Hauptsache sind sie gebunden an Zeugenvernehmung, Gutachten, Urkunden. Das wird in der formalisierten Faktenermittlung auch durchgehalten. Das Programm verlangt weiterhin Unbefangenheit im Umgang mit den Ermittlungsergebnissen. Die Berufung auf dieses Programm ist eine wichtige Variante im Umgang mit Problemfällen:

(Rüdiger Lautmann, a.a.O 50 f. Prot. 5) Ehescheidung. Der Ehemann hatte einen Privatdedektiv beauftragt, Informationen zu beschaffen. Der Detektiv hat in das Telefon der ehelichen Wohnung ein zweites Mikrophon eingebaut und darüber Ferngespräche abgehört. Richter M. hat in einem Einzelrichtertermin den Detektiv nicht vernommen, obwohl dieser anwesend war. M. meint, solches Beweismaterial dürfe nicht verwendet werden. Der (erfahrenere) Richter S. ist damit nicht einverstanden: Die Kammer hat zu entscheiden, ob die Aussage verwertet wird. Deswegen war der Zeuge zu hören. Wenn die Kammer nun zum Ergebnis kommt, dass das Beweismittel zulässig ist, dann muss der Zeuge ja doch noch vernommen werden. Wir wenden hiergegen ein, dass man beim Entscheiden wohl kaum über eine Beweisaufnahme hinwegsehen kann, wenn sie erst einmal in der Akte ist; aber dies überzeugt S. nicht.

Das normative Programm gibt vor, was zur Sache gehört und was nicht. Auch das wird praktisch. Lautmann *(Rüdiger Lautmann a.a.O. 60 Prot. 29)* berichtet von dieser Abstraktion als wichtigem Handlungsmuster:

Eine Frau hat, ziemlich ahnungslos, für hohe Geschäftsschulden ihres Mannes die Mithaftung übernommen. Der Mann ist gestorben, Vermögen ist keines da. Soll die Frau nun ihr ferneres Leben lang für die Schulden des Toten arbeiten? In der Beratung betonen zwei Richter mehrfach: „Den Tod des Mannes kann man nicht berücksichtigen."

Die Ausdrücklichkeit der Bekundung lässt vermuten, dass die beiden Richter ein Ungenügen empfanden.
Wo das nicht der Fall ist, da wird auch fremde Faktenselektion, die im normativen Programm eingeschlossen ist, als problemlos hingenommen

(Rüdiger Lautmann a.a.O 63 Prot. 36) In einem Strafverfahren hat der Angeklagte angegeben, im Laufe des Tages, unmittelbar vor der Tat, ein bis zwei Flaschen Schnaps getrunken zu haben. Bei der Beratung sagt der Vorsitzende: „Sogar der Staatsanwalt hat dies zugrunde gelegt; dann können wir auch davon ausgehen."

Das Ergebnis ist dann oft der Vorrang der prozessualen vor der empirische Wahrheit. Lautmann berichtet: (*Rüdiger Lautmann* a.a.O 78 Prot. 67)

Bevor ich mein erstes Urteil in einer Strafsache verfasse, befrage ich den Vorsitzenden über einige Einzelheiten der Darstellung. Dabei rät er mir: „Wenn Sie ein Strafurteil machen, dann müssen Sie auch den Mut haben, zu sagen ‚es war so'!" Der spezielle „Mut", der hier vom Strafrichter erwartet wird, ist der Mut zur nicht intersubjektiven, zur prozessualen Wahrheit.

Konträre andere Faktenermittlungsverfahren

Von einiger Wichtigkeit sind Alltagstheorien, die nicht wissenschaftlich überprüft sind und sich meistens in der angenommenen Form einer Überprüfung nicht zugänglich sind. Lautmann notierte:

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 58 Prot. 26) „Ehescheidung: Der Mann trinkt; im Termin ist er bereits zum zweiten Male nicht erschienen. Die beiden anderen Richter wollen gleichwohl zum Urteil kommen. P.: „Alkoholiker, die sind so willensschwach, dass sie sich nicht mehr aufraffen können." K.: Die Frau geht dabei kaputt. Ich meine: So schnell wie möglich scheiden, weil Alkohol nicht zu heilen ist."

Zugleich gibt es das Phänomen der Faktenanerkennung auf Grund von nicht überprüfbaren Indizien. Solche Indizien liefert zum Beispiel die Justiz als soziales System mit Insiderkenntnissen.

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 55 Prot. 13) Meinen Vorschlag, eine bestimmte Tatsache noch zu ermitteln, obgleich sie bislang nicht vorgetragen war, lehnt Richter D. so ab: „P. ist ein guter Anwalt; wenn er mehr hätte, würde er es vortragen."

(Prot. 14) Richter F. warnt mich vor einem anderen Anwalt so: „Wenn der anfängt zu reden, dann müssen Sie die Ohren auf Durchzug stellen."-

Nach dem normativen Programm sind Fakten und Normen „sauber" zu trennen. Eine Vermischung entspricht alltäglichem Entscheidungsverhalten ausserhalb der Justiz und kommt nicht nur als grober Kunstfehler in richterlichen Diskursen vor. Lautmann berichtet:

(151 Prot. 200) Jemand hat einen Computerlehrgang begonnen, will aber davon loskommen, da er sich den Anforderungen nicht gewachsen fühlt. Ich argumentiere: „Vielleicht ist dies ein Irrtum über die Geschäftsgrundlage oder über Eigenschaften der Person gemäß § 119 Absatz 2 BGB, nämlich über seine Eignung für den Kurs." Der Vorsitzende erwidert apodiktisch: „Man

kann sich nicht über die eigene Person irren. Man muss doch wissen, wozu man in der Lage ist." Lautmann kommentiert: Hier werden deskriptive und evaluative Aspekte zu einem Argument zusammengespannt: Mit „man kann" wird eine Faktizität behauptet, mit „man muss" eine Normativität. –

Das ist eigentlich ein Verstoß gegen eine Grundregel, aber solche schillernden Argumente sind nicht untypisch.

Für die Bewertung der dargestellten Konkurrenz zweier Programmvarianten ist die Beobachtung wichtig, dass es keine Meta-Regel gibt, wann formalisiertes Faktenermitteln angezeigt ist und wann nicht; erst recht gibt es natürlich keine Regel dafür, wann die Vermischung erlaubt sein sollte.

Das normativ-dogmatische Programm zu Normen

Lautman (*Rüdiger Lautmann* a.a.O. 83 Prot. 70) berichtet von der Wichtigkeit der dogmatischen Konstruktion, die sich dann sehr häufig mit der Adjektiv „sauber" verbindet. Dabei muss allerdings bewusst bleiben, dass „Konstruktion" bereits eine Formel der Begriffsjurisprudenz ist und schon zur Zeit der berichteten teilnehmenden Beobachtung kaum jemand hätte sagen können, was Konstruktion als Tätigkeit von Gesetzesinterpretation als Tätigkeit unterscheidet.

> *„Drei Richter beraten eine schwierige Sache; ich sitze mit dabei. Verschiedene Möglichkeiten werden vorgeschlagen, bezweifelt und teilweise verworfen. Zwischendrin fragt der Vorsitzende mich nach meiner Meinung. Ich sage zu ihm: ‚Welches Ergebnis steuern Sie denn an? Dann könnte ich leichter Stellung nehmen.' Der Vorsitzende erwidert: ‚Ich gehe nicht vom Ergebnis aus; ich versuche, sauber zu konstruieren und den Sachverhalt zu subsumieren.'" Man erfährt, dass Konformität mit dem formellen Programm ist ein jederzeit abrufbares und dann durchschlagendes Argument in der richterlichen Beratung und Überzeugungsbildung.*

Eine Steigerung der zur Schau getragenen Konformität mit dem dogmatischen Programm ist die Explikation der Formalitäten des Verfahrensprogramms.

> *(Rüdiger Lautmann a.a.O. 89 Prot. 83) Leerlaufende Formeln werden …in… Verfahren gepflegt. Solche Formeln werden beispielsweise vom Vorsitzenden gesprochen, damit sie im Protokoll aufgeschrieben werden und die Korrektheit des Verfahrensablaufs beweisen.*
>
> *„Die Parteien verhandelten streitig zur Sache" – nachdem eine Seite vernommen und durchaus nicht mehr verhandelt worden war. „Die beigezogenen Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung" – selbst wenn von diesen Akten gar keine Rede gewesen ist. „Nach Wiederherstellung der Öffentlichkeit wird das folgende Urteil verkündet" – auch wenn nichts geschehen ist, um eine Öffentlichkeit wiederherzustellen.*

Parallel dazu wird manchmal auch die Begründung nur der Form nach als Text geliefert.

> *(Rüdiger Lautmann a.a.O.183 Prot 257) „Diese Routinebeschlüsse werden zumeist nicht begründet; hier habe ich nur insoweit Gründe angeführt, als den Anträgen nicht stattgegeben wird. Der Vorsitzende moniert hier, und ich muss den Beschluss neu fassen. Er meint: ‚Wenn der Beschluss schon begründet wird, dann müssen Sie auch auf die Anträge, denen Sie stattgeben, eingehen – wenigstens mit je einem Satz.'"*

Die zahlenmässige Angabe „ein Satz" sagt hinreichend, was man als Bürger von der Überzeugungskraft der Begründung zu erwarten hat.

Damit wird auch die Verwendung von Präjudizien und Literatur problematisch. Werden sie nur zur Persuasion eingesetzt oder sind sie wirklich immer die Bannerträger sauberer Dogmatik? Ganz geläufig ist der zielstrebige Einsatz. Lautmann berichtet:

> *(Rüdiger Lautmann a.a.O. 99 Prot 108) „Die Kammer hatte ein Urteil falsch formuliert; es war irrig als Versäumnisurteil bezeichnet worden. Eine Berichtigung dieses Urteils nach § 319 ZPO scheint der einfachste Ausweg zu sein, doch passt die Vorschrift nicht recht. Richter E. sagt: „Das Versäumnisurteil muss weg. – Ich gehe jetzt zur Bibliothek, um einen Satz ´zu finden, mit dem 319 zu begründen ist.'"*

Ein praktisch wichtiges Element des formellen Verfahrens ist die äussere Darstellung von Unentschiedensein bis zur Urteilsverkündung. Richter befürchten Konflikte mit der unterliegenden Partei, wenn sie ihre vorhandene Präferenz zu erkennen geben.

> *(Rüdiger Lautmann a.a.O.189 Prot 273) „Ein Beklagter aus der sozialen Unterschicht wehrt sich ziemlich ungeschickt gegen einen Zahlungsanspruch, der anfechtbar ist.*

Gerichtsassessor V. will dem Beklagten einen förmlichen Hinweis geben (§ 139 ZPO), worauf es bei der Entscheidung ankommen könnte. Der Vorsitzende wendet sich strikt dagegen: ‚Sie handeln sich ein Ablehnungsgesuch der anderen Seite ein. Man muss das Ganze nicht so sehr von den Parteien her sehen. Sie müssen das aus der Sicht der Anwälte her sehen!'"

Interessant ist daran, dass jener Richter gerade die Anwälte als Angehörige der Institution Rechtswesen für eine Selbstdarstellung der Richter, die der Wahrheit nicht entspricht, verantwortlich macht; der Richter schien der Meinung zu sein, dass die Parteien akzeptieren können, wenn ein Richter halbenwegs im Verfahren sich ein Stück weit seine Meinung gebildet hat. Das müssten die Anwälte eigentlich noch viel besser wissen.

Entscheidungen ausserhalb des dogmatisch-normativen Programms

Das formelle Programm ist zwar ein jederzeit abrufbares Argument, aber es wird nicht immer abgerufen und es wird im Extremfall auch negiert. In seiner kurzen Praxis hat Lautmann auch den Fall erlebt, dass ein Richter in einem gravierenden Fall klar gegen das Gesetz entscheiden wollte.

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 167 Prot. 220) „Ein Mann ist wegen Hehlerei angeklagt, außerdem noch wegen Urkundenfälschung. Zu der Fälschung werden in der Hauptverhandlung vielleicht nicht genügend Beweismittel zur Stelle sein. Der Vorsitzende meint dazu: ‚Die Hehlerei genügt.' Er will die Sache mit der Fälschung beiseite lassen: ‚Wir versuchen immer, das Urteil revisionssicher zu begründen. Bei der Urkundenfälschung ist das schwierig. Dann nehmen wir lieber etwas weniger und geben ein angemessenes Strafmaß.'

Diese ganz aufrichtig, ohne bewussten Zynismus geäußerte Taktik bedeutet: Wir wollen im Urteil das eine Delikt beiseite lassen und das Strafmaß für das andere entsprechend (angemessen) erhöhen." –

Anzumerken ist, dass ein solcher Bericht keineswegs alleinstehend ist *(vgl. Thomas-M. Seibert, Gerichtsrede, Berlin 2004, S. 167, ferner S. 139 f, S. 142).*

Erst recht gibt es bewusste Abweichungen von der Formalität des Verfahrens, wenn die Folgen nicht gravierend sind. Im folgenden von Lautmann protokollierten Falle nützt die Gesetzwidrigkeit ausserdem einem Insider. Lautmann spricht sogar in solchen Fällen von einem informellen Programm. Er berichtet:

(*Rüdiger Lautmann* a.a.O. 91 Prot. 90) „Diese Devianzen geschehen mehr oder weniger bewusst; man nimmt sie in Kauf, weil bestimmte Regeln des informellen Verfahrensprogramms gewichtiger sind. Beim häufigsten Devianztypus wird abgewichen zu dem Zweck, Arbeit zu sparen.

Bei der nächsten Sitzung der Kammer wird ein Landgerichtsrat aus einer anderen Kammer als Vertreter mitwirken. Am Vortage der Sitzung werden die anstehenden Sachen beraten (und weitgehend vorentschieden). Zu dieser Vorberatung soll der vertretende Richter nicht hinzugezogen werden. Richter N. meint: ‚Eigentlich dürften wir das ja nicht machen; aber der hat doch sein eigenes Dezernat.'"

Auch hier ist die Beobachtung wichtig, dass im Fallmaterial keine Meta-Regel sichtbar wird, wann das formelle und wann das andere Programm zum Zuge kommt.

Was steuert die Entscheidung?

Nach den bisherigen Protokollen und Überlegungen muss es so scheinen, als ob der Wechsel zwischen verschiedenen Orientierungen regellos geschehe. Das ist sicher nicht ganz und gar so, und es lassen sich einige relevante Aussagen als Hypothesen äussern und dann ein wenig erhärten. Dazu einige weitere Protokolle Lautmanns.

Wichtig ist erstens die Konsistenz des Gesamtverhaltens. Vorexerziert wird diese betonte Darstellung äußerer Konsistenz von den höchsten deutschen Gerichten, in deren veröffentlichten Entscheidungen es von Selbstzitaten wimmelt. Konsistenzstreben erübrigt offenbar die Frage nach Massstäben des dogmatischen Programms der Fakten- und Normermittlung. Das gilt bei den Eingangsgerichten besonders für Entscheidungen in weiten Ermessensspielräumen, also bei der Strafzumessung und in der Grauzone „verrückt/normal".

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 131 Prot. 163) „Ein Mann hat mehrfach gegen eine gerichtliche Anordnung verstoßen und dafür Beugestrafen erhalten. Nun soll ein weiterer Strafbeschluss ergehen. Die Richter beraten, ob der Mann vielleicht geisteskrank ist. Richter N. ablehnend: ‚Soll man ihn noch untersuchen lassen? Wir haben`s damals auch nicht gemacht!'"

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 131 Prot. 165) „Der Vorsitzende einer Strafkammer erläutert den Schöffen seinen Vorschlag von sechs Monaten Freiheitsstrafe für einen versuchten (!) Einbruch so: ‚Man muss die Strafe mit den Vorstrafen in eine Linie bringen. Wir dürfen uns nicht lächerlich machen, indem wir jetzt eine zu geringe Strafe geben.'"

Wie viele andere vor und nach ihm hat Lautmann die Angst des deutschen Richters vor einem erfolgreichen Rechtsmittel gegen die Entscheidung bemerkt. Im Prot. 220 (vgl. oben) war die unterschiedliche Revisionssicherheit zweier Möglichkeiten der Anlass, eine schlichte Rechtsstaatswidrigkeit anzudenken. Lautmann bringt diese Sache auf den Punkt:
(*Rüdiger Lautmann a.a.O.* 167 Prot. 219) Das angsterregende Ereignis ist die Antizipation negativer Kritik des Obergerichts. Bleibt solche Kritik aus, dann wird dies als gratifizierend empfunden:

„Richter T. erzählt mir bereits am ersten Tage, an dem ich seiner Kammer zugewiesen bin: ‚Es ist unser Stolz, dass wir nur ganz selten aufgehoben werden, vielleicht einmal im Jahr.'"

Hinzuzufügen ist: Schon der gängige Sprachgebrauch: „Ich bin aufgehoben worden." verrät eine existenzielle Betroffenheit, die uns als Bürger ebenfalls betroffen machen sollte.

Es geht aber nicht nur um das Verhältnis Richter/Richter. Das arbeitsteilige Rechtswesen kennt viele Insider. Es gibt eine Zusammenarbeit, die die Verfahrensrollen Richter/Vderteidiger/Gutachter/usw übergreift. Dazu:

(Rüdiger Lautmann a.a.O. 138 mit Prot. 179 und 180) Die Aufrechterhaltung dieses Kontaktsystems gilt beiden Seiten als wichtige Aufgabe, obgleich sie nicht im formellen Verfahrensprogramm vorgesehen ist.

„(Prot 179) Ein Kaufmann klagt aus einem Scheck; wegen Fristüberschreitung ist die Klage unbegründet. Der Richter ruft telefonisch den Rechtsanwalt an und teilt ihm mit, was dieser nun zweckmäßigerweise tun könne."

Dergleichen Freundlichkeiten und Rücksichtnahmen erweisen die Richter den Anwälten ständig (und umgekehrt); tatsächlich erleichtern sie ihre Arbeit dadurch nicht unerheblich. Werden die wechselseitigen Erwartungen nicht erfüllt, kann es auch zu negativen Sanktionen kommen, zumindest zu einer Androhung. All dies geschieht in Ausnutzung bestehender Ermessensräume.

„(180) Ein Rechtsanwalt bringt aus kaum hinreichenden Anlässen mehrere Ablehnungsgesuche gegen die Kammer. Schließlich kommt noch eine Verfassungsbeschwerde sowie ein Aussetzungsantrag deswegen. Diese Häufung von Kritik macht den Vorsitzenden sichtlich nervös und ärgerlich. Er bemerkt: „Diesen Anwalt kannte ich bisher nicht. Wir müssen uns den Namen merken, wenn der einmal etwas will."

In dieser Bemerkung wird die Existenz eines informellen Programms vorausgesetzt, das es erlaubt, jederzeit in Fragen der täglichen Zusammenarbeit einander Schwierigkeiten zu machen; dass das formelle Programm der juristischen Dogmatik so etwas nicht kennt und erlaubt, ist offenbar irreal und völlig verdrängt.

Vereinzelt erscheinen auch die Bürger in Lautmanns Protokollen. Typisch erscheint allerdings die folgende Geschichte, die doppeldeutig ist. Der Bürger wird von einer verletzenden Aussage verschont, aber es ist auch die Nebenwirkung wichtig: Das erspart möglicherweise das institutionsintern so gefürchtete Rechtsmittel.
(Rüdiger Lautmann a.a.O. 191 Prot. 278):

Ein renommierter Ingenieur hat bei Beratung und Entwurf für ein größeres Bauvorhaben einen Kunstfehler gemacht, aus dem seinem Auftraggeber viel Schaden entstanden ist. Er wird zur Leistung von Schadensersatz verurteilt. Richter F. sagt uns: „Ich habe das Urteil nicht mit dem Kunstfehler begründet, sondern mit der Verletzung einer Aufklärungspflicht des Ingenieurs, weil diese Begründung ihm nicht so weh tut. Vielleicht geht er dann nicht in die Berufung."

Nach alledem wundert es nicht, wenn im Drang der Tagesgeschäfte das formelle Programm, nämlich die standesgemässe Begründung, manchmal als völlig arbiträr behandelt werden. Dazu Lautmann (*Rüdiger Lautmann a.a.O.* 193 Prot. 283):

Alle Mitglieder der Kammer meinen, die Klägerin habe zumindest einen moralischen Anspruch auf den von ihr geforderten Schadensersatz. Doch man hat in mehreren Beratungen keine alle überzeugende juristische Deduktion aufgespürt, obwohl der zuständige Richter mehrere Vorschläge gemacht hatte. Schliesslich meint eine Kollegin zu ihm: „Ich bin einverstanden. Begründen Sie es, wie Sie wollen."

Ein Hinweis auf weitere teilnehmende Beobachtungen im Rechtsapparat

Protokolle oder sonstige Wiedergaben von teilnehmender Beobachtung sind immer vielfältig interpretierbar. Man könnte sicherlich Fall für Fall einerseits das dogmatische Programm durchdiskutieren, andererseits realwissenschaftliche Bezüge im Schema von Makrosoziologie zu Mikrosoziologie durchdeklinieren wollen. Deshalb ist man nicht darauf angewiesen, auf den nächsten Richter mit Doppelqualifikation als Soziologe zu warten, der dann von einem Oberlandesgerichtspräsidenten in einem soziologischen Projekt unterstützt wird. Anlass, sich seine eigenen Gedanken zu machen, liefert z. B. auch die Schrift von Seibert *(Thomas-Michael Seibert, Gerichtsrede – Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs, Berlin 2004).* Seibert berichtet aus seiner Praxis und seinem Leben. Zur Zeit ist er als Vorsitzender Richter einer Grossen Strafkammer tätig. Daneben ist er Sprachwissenschaftler und man kann sich auf die wissenschaftliche Erstellung der rund 70 Protokolle verlassen. Das daraus ausgesuchte Beispiel zeigt, dass die Problemwahrnehmung selbst ein Problem ist und dass das Verfahren als ganzes unter Perspektiven disponiert wird, die sich nur realwissenschaftlich diskutieren lassen.

> *Es ist Anklage wegen schweren Raubes erhoben worden. Das Opfer ist durch eine Schlag mit der Bierflasche betäubt worden, und der Angeklagte hat dann eine Geldbörse mit geringem Inhalt weggenommen. Er räumt den Tatvorwurf in der Hauptverhandlung ein. Die Tat hat sich im Männerwohnheim abgespielt. Täter und Opfer kennen sich, streiten sich oft, trinken aber auch wieder zusammen. So geschah es am Tattage. Auch zu diesem Zeitpunkt habe man sich wieder gestritten. Der Angeklagte erklärt, auf die Idee mit der Geldbörse sei er erst gekommen, als das Opfer so dagelegen habe. Er habe das Geld zurückgegeben und wollte auch etwas arbeiten. Das Opfer – als Zeuge geladen – erscheint nicht. Der Staatsanwalt regt nun eine Einstellung an. Man könne den Schlag mit der Bierflasche auch als gefährliche Körperverletzung auffassen und dann von einem zeitlich nur nachfolgenden Diebstahl ausgehen. So geschieht es. Das Verfahren wird gegen eine Arbeitsauflage eingestellt. (Seibert a.a.O. S. 120)*

Seibert kommentiert dies so:
Dogmatisch ist die beobachtete Praxis unproblematisch, und sie wird dutzendfach angewandt. Eine Tat des Verbrechens (nämlich der Einsatz einer Bierflasche zum Zweck der Wegnahme) wird in zwei unabhängige Vergehen der Körperverletzung und des nachfolgenden Diebstahls umdefiniert. Das kann sogar wahr sein, weil es an der Zueignungsabsicht im Moment des Gewalteinsatzes fehlte. Aber das ist für die Verfahrensrhetorik nicht entscheidend. Sie orientiert sich an Umstandsmomenten, die dogmatisch ohne Bedeutung wären und hier lauten: Männerwohnheim, gemeinsames Trinken zuzüglich Ausbleiben des Tatopfers als Zeugen im Termin. Den Ausschlag mag der letzte Umstand geben: Wer zum Termin nicht erscheint, gibt damit zu erkennen, dass er einem der Sache nach in seinem Interesse geführten Verfahren keine Bedeutung beimisst. Eine solche Zuschreibung erfolgt jedenfalls aus der Perspektive der übrigen Verfahrensbeteiligten. Das System (hier gleich gebraucht mit: die Institution G.S.) drängt auf Erledigung und setzt sich mit einer für den Angeklagten freundlichen Lösung durch. Alle Beteiligten gehen zufrieden auseinander, denn der eine, der sich dagegen hätte wenden können, schweigt. Er war abwesend.-

Hinzufügen ist: Mit seinem weiten Rhetorikbegriff schildert Seibert Phänomene, die Lautmann wohl problemlos in seine Kategorien gefasst hätte. Wer schweigt, scheint zuzustimmen, und will nichts mehr. Jedenfalls lässt sich die Geschichte begreifen als eine Fall der allgemeinen Erfahrung, dass an allen Stellen des Verfahrens dieses voll und ganz zur Disposition steht. Problemidentifikation ist nicht begrenzt auf Verfahrenseinleitungen (Klagschriften; Strafanzeigen etc) durch andere als Richter, sondern sie kann immer und überall eintreten oder unterbleiben. Hier ist die Frage beantwortet worden: Muss man sich für solche Leute und Sachen viel Arbeit machen oder reicht der Minimaleinsatz? Danach regiert der Topos: Pack schlägt sich, Pack verträgt sich.

Kap. 12

Der Prozess als kommunikative Konfliktbearbeitung

Juristisches Bezugsproblem und die Rolle tatsachenorientierter Wissenschaft

Das Selbstverständnis der deutschen Juristen wird sehr stark bestimmt vom Bild des Richters und das auch noch in einer spezifischen Nuancierung. Dieser Richter ist dadurch gekennzeichnet, dass er nur die ZPO und die StPO kennt und praktiziert, und das auch wiederum in einer starken Verengung. So sind namentlich die Fragen, wie tatsächliche Vorgänge zu erforschen und Tatsachenfragen einer Entscheidung zuzuführen sind, nicht operational geregelt und dieser real sehr wichtige Teil der richterlichen Arbeit bleibt in der öffentlichen Diskussion unterbelichtet. Die Arbeit des Richters am Vergleich im Zivilprozess wie übrigens auch die Arbeit des Strafrichters mit diversifizierten Sanktionen und Maßregeln werde nicht in gleichem Umfang ausgeblendet, aber treten im Selbstverständnis der Juristen und in der Juristenausbildung sehr stark hinter die Beschäftigung mit Normtexten zurück. Wenigstens wird der Vergleich im Zivilprozess und seine Institutionalisierung im Verfahren ein wenig als Thema im juristischen Schrifttum wahrgenommen.

> *„§ 279 Abs. ZPO Gütliche Streitbeilegung, Güteverhandlung, Vergleich. Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein."*

Der Gesetzgeber hat vielfach mit eingeschalteten Güteverfahren experimentiert. Deren Existenz im früheren Recht der Ehescheidung oder aktuelle Existenz im Arbeitsgerichtsverfahren oder Neueinführung für Zivilprozesse hat aber nicht bewirkt, dass die dogmatische Rechtswissenschaft in einer allgemeinen Theorie des Verfahrens (übergreifend über Urteil, Vergleichsgestaltung, Schlichtungsverhandlung etc.) große Fortschritte gemacht hätte. Man muss sich also fragen, in welcher Weise man dieses höchste praktische Thema wissenschaftlich angehen kann und wie weit man unter Zuhilfenahme von Erkenntnissen der Sozialwissenschaften kommt. Es wird sich zeigen, dass hier interessante Angebote gemacht werden, aber sehr viel Forschungsprogramm für die Zukunft bleibt.

Die drei wichtigsten Idealtypen: Richten, Vermitteln, Schlichten.

Die Trias Richten, Vermitteln und Schlichten ist eine rechtssoziologische Begrifflichkeit, die bis in die Fach-Umgangssprache der Juristen vorgedrungen ist. Man muss sie also kennen. Sie bezeichnet Idealtypen, und entspricht weithin der umgangssprachlichen Bedeutungen der Worte *(s. Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 474 ff.)*.

Richten ist danach die Entscheidung eines Konflikts auf die Prozessparteien oder Angeklagter im Kern keinen Einfluss haben. Der richtende steuert im Vorfeld seines Urteils das Verfahren in der Weise, dass die von ihm als notwendig befundenen Voraussetzungen für ein Urteil geschaffen werden. Schon auf dieser Ebene verfügt er über die Möglichkeit negativer Sanktionierung, wenn die beteiligten Bürger sich als schlechte Mitspieler erweisen. Erst recht ist dem Idealtyp Richten die Sanktion als Urteilsinhalt angelegt. Der Richter muss im Prozess soweit mit den Beteiligten kommunizieren, dass er ihre Verfahrensbeiträge erfolgreich einfordert. Dieses Einfordern bedeutet natürlich nicht, dass im Verfahrensprogramm des Richters nur Schritt für Schritt vorangegangen werden kann. Wenn der Richter im Zivilprozess der Partei die Gelegenheit gibt, Stellungen zu beziehen, dann kann sie das tun oder bleiben lassen. Das Programm enthält bereits die Alternative: Verarbeitung der Erklärung oder Beweislastentscheidung als Folge der Nicht-Erklärung. Diese Vielfalt von Alternativen überblickt der Richter häufig besser als weniger professionelle Mitspieler. Schon aus diesem Grunde übersteigt Richten als Idealtyp richterlichen Prozessierens und Urteilens das materielle Recht mit seinen Tatbestands- und Rechtsfolgentexten.

„Vermitteln ist nichts anderes als die Aktivität einer dritten Partei, die laterale Verhandlungen zu katalysieren, zu lenken und zu fördern" *(Koch, Konfliktmanagement und Rechtsanthropologie, in Bierbrauer u. a., Zugang zum Recht, 1978, S. 91, zitiert nach Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie 1987, S. 475).* Der Vermittler muss immer irgendetwas ins Spiel bringen können, was die Beteiligten bis dahin nicht in ihr Kalkül einbezogen hatten oder einbeziehen konnten. Der wegen einer vorgespiegelten Krankheit dann schließlich fristlos gekündigte Arbeitnehmer kann das Vermittlungsergebnis akzeptieren, dass er den Arbeitsplatz behält, aber den Jahresurlaub für die Abarbeitung jener Zeiten verwendet, die er sich vertragswidrig seiner Arbeitspflicht entzogen hat. Der Kläger, dem im Verlauf

der prozessualen Entwicklung unklar geworden ist, ob er so sicher gewinnen wird, kann sich Gesichtsverlust ersparen, wenn er einen Vergleich „auf dringendes Anraten des Gerichtes“ abschließt. Eine Besonderheit ist im deutschen Zivilprozess die Tatsache, dass der Vermittler manchmal die Randbedingungen beeinflussen und instrumentalisieren kann, wodurch er die beteiligten Bürger dazu bringt, sich auf ein bestimmtes Vermittlungsergebnis einzulassen. Wenn der Richter in den Vergleichsverhandlungen hervorhebt, dass der sofortige Vergleichsabschluss einen langen Prozess vermeidet, dann steht dahinter auch die Drohung, dass er als Richter im Umgang mit renitenten Parteien den Prozess sehr saumselig führt – und die Terminsbestimmung ist seine Sache!

Schlichten kann man mit dem Satz karikieren: „Kinder, vertragt Euch, es ist doch alles nicht so schlimm wie Ihr meint.“ Die beteiligten Bürger lernen, dass ihr Konflikt anders gesehen werden kann als sie es eingangs des Prozesses getan haben, nämlich, dass man nicht unbedingt das Recht erstreiten muss. Das Ergebnis einer solchen Schlichtung ist in vielen Fällen äußerlich dasselbe wie bei einer Vermittlung. Wenn der auf Geld Verklagte sich bereit findet in einigen Raten insgesamt schließlich ein bisschen weniger als die Klagsumme zu zahlen, das aber widerstandslos und zuverlässig, dann kann das auf einer Seite das Ergebnis der Vermittlung sein (er sieht ein, dass seine Rechtsposition sehr schwach ist) und es kann auf der Seite des Klägers das Ergebnis von Schlichtung sein (er hat die Empfindung, dass er sich nicht ganz so hartherzig benehmen sollte).

Zum Umgang mit der Idealtypik Richten, Vermitteln und Schlichten.

Was leistet eine solche Idealtypik? Zumindest dreierlei.
Erstens trägt die einprägsame Trias dazu bei, dass der ganze Problemstoff im öffentlichen Bewusstsein bleibt, und zwar in der Zunft der Juristen wie darüber hinaus in der Rechtspolitik.

Zweitens schärft der Umgang mit dieser Begrifflichkeit das Beobachtungsvermögen. Während die zentrale Formulierung in der ZPO nicht einmal die Differenz von Vermitteln und Schlichten kennt, lernt man also in der rechtssoziologischen Literatur die Differenzierung, die dann die Frage nach unterschiedlichen Strategien der Erarbeitung von vermittelnden oder schlichtenden Vergleichen eröffnet.

Drittens gewinnt man mit diesen Idealtypen eine Folie, auf der man weitere praxisrelevante Ausdifferenzierungen einzeichnen kann.

Raiser *(Thomas Raiser, Das lebende Recht, 3. Aufl., S. 287)* hat z. B. die Beratung als konfliktbearbeitende Einmischung eines Dritten in Erinnerung gebracht. Diese geschieht typischerweise ohne dass Beraten den Konflikt wirklich zu einem Ende bringen soll. Das unterscheidet ihn von der besprochenen Trias. Es gibt aber ein gesondertes Feld, auf dem auch Richter sinnvoller Weise beraten. In der Erörterung der Sach- und Rechtslage wird der Richter, der um eine gütliche Einigung bemüht ist, manchmal anregen müssen, dass die Parteien Sachverhalte in Erfahrung bringen und Bedenken, die nur sie kennen. Der Richter, der die ökonomischen Planungen zweier streitenden Kaufleute nicht kennt, kann wenigstens als Standardargument ins Gedächtnis rufen: „Überlegen Sie doch mal, ob eine gütliche Einigung nicht der Ausgangspunkt für eine weitere Zusammenarbeit – welche, weiß ich natürlich nicht – sein kann!“ Der Richter, der die Probleme des Umgangs mit dem Kinde nach einer streitigen Scheidung zu bearbeiten hat, kann den beteiligten Eltern im Sinne einer Beratung erzählen, wie andere Eltern in ähnlicher Situation vor ihnen die technischen Probleme minimiert haben. Es gibt durchaus Bereiche, in denen der Richter seiner Rolle auch dadurch gerecht werden kann, dass er der Phantasie der Beteiligten auf die Sprünge hilft. Die Gestaltung der Situation wird oft durch die eigene Leistung der beteiligten Eltern besser und dauerhafter bewerkstelligt als durch die Übernahme eines Gestaltungsvorschlages, mit dem sich bereits der Richter identifiziert. Die lockere Form des Vorzeigens von Möglichkeiten ist deswegen nicht entbehrlich, und es macht Sinn, sie als „Beratung“ zu typisieren.

Einen anderen Idealtyp bildet die „Versöhnung“. Mit ihr muss man sich beschäftigen, weil sie manchmal in Sonntagsreden und anderen euphorischen Texten als das Ideal der Konfliktlösung geschildert wird. Die Beteiligten sollen aus dem Gerichtssaal gehen und einander wieder in christlicher Nächstenliebe zugetan sein, wie dies angeblich vor Start der Konfliktphase war. Steckt man das Ziel der gütlichen Einigung nach der Zivilprozessordnung so hoch, dann versperrt man sich als Richter womöglich den Blick auf die Vielzahl ökonomischer Kalküle, auf deren Basis man einen Konflikt sozial unschädlich machen kann. Andererseits bezeichnet die Idee der Versöhnung z. B. für den Familienbereich etwas sehr Wichtiges: Die Beteiligten müssen sich beim Vorgang der Versöhnung selbst ändern. Das macht einen großen Unterschied zu den allermeisten Vergleichsverhandlungen. Der klagende Kaufmann, der sich in der Hoffnung auf sichere Zahlungen auf einen Ratenvergleich einlässt, handelt dabei durch und durch als Kaufmann. Er muss nichts dazulernen, sondern er muss

seine Handlungsprinzipien nur richtiger anwenden. Ob sich der Beklagte in diesem Falle ebenso ökonomisch vernünftig benommen hat, muss weder ihn noch den Richter interessieren. Das ist bei der Versöhnung anders. Der Richter, der z. B. im Streit der Eltern um Umgang und Sorge für die Kinder eine dauerhaft tragfähige Versöhnung bewirken will, der muss sehr intensiv beide beteiligten Elternteile einbeziehen und die Relation zwischen beiden zum Gegenstand seiner Aufmerksamkeit machen.

Kommunikation als sozialwissenschaftliche Rekonstruktion von Prozess?

Urteilen, Schlichten und Richten sind Gegenstand der Frage: Wie kann man zu besserem, erfolgreicherem Prozessieren ausbilden? Eine höhere Vergleichsquote oder ein im Zusammenspiel von Richter und Parteien effizienter gestaltetes Prozessgeschehen vor dem Urteil ersparen Steuergelder. Sie sparen im laufenden Prozess Kosten und sie führen zur Vermeidung von kostentreibenden Rechtsmitteln. Darüber hinaus spricht viel dafür, dass eine bessere Arbeit der Justiz auf diesem Sektor volkswirtschaftlich messbare Schäden vermeidet.

Der wichtigste Ansatzpunkt ist, dass es immer um Kommunikation geht. Das betrifft alle drei Idealtypen.

Die ganze ZPO lässt sich lesen als eine Reglementierung von Kommunikation. Schon die simple Begrifflichkeit Sender/Medium/Empfänger ermöglicht eine interdisziplinäre Sicht. Der Kläger bringt eine Klagschrift auf den Weg, die der Richter als solche erkennt und unter Beifügung weitere Schriftstücke dem Beklagten sendet. Dieser schreibt zurück, wobei die Gegenstände der Kommunikation und die Medien (schriftlich, mit Zustellung oder in den Gerichtskasten des Anwalts) reglementiert sind. Manche Regeln sind explizite Normen des Prozessrechts, andere sind Traditionen. So findet z. B. die Erörterung der Sach- und Rechtslage gewöhnlich mündlich statt. Manche Kommunikationsakte müssen angekündigt werden und werden es jedenfalls im Regelfall: Es sollen Zeugen vernommen werden zu den Themen eines Beweisbeschlusses. Das Urteil wird gesprochen, aber so richtig brauchbar wird es erst als Schriftstück. In diesem Skelett kann eine Güteverhandlung verortet sein, oder es verbleibt bei der vagen Regel, dass der Richter jederzeit auf eine gütliche Einigung hinwirken müsse. Wie er das dann betreibt, wird ihm auch nicht vorgegeben. Nur eine wichtige Einschränkung dieser Offenheit ergibt sich aus dem Prozessrecht selbst: Da der gerichtliche Vergleich vollstreckbar ist wie das Urteil auch, ist der Schluss konsequent, dass der gerichtliche Vergleich nichts Unrechtmäßiges enthalten darf. Das Gewaltmonopol des Staates kann nicht auf dem Umweg über einen gerichtlichen Vergleich für ein Unrecht instrumentalisiert werden. Mit anderen Worten: Der Richter ist auch, soweit er Vergleiche befördert, nicht irgendein Konfliktbeendiger, sondern er bleibt in der von Recht geprägten Rolle des Richters.

Welches sind nun die wichtigsten Angebote der Sozialwissenschaften für die Rekonstruktion von kommunikativen Vorgängen? Zuerst bietet sich an, zu überlegen, was die genannte Begrifflichkeit Sender/Medium/Empfänger leistet. Jenseits des Alltagswissen um die Bedeutung eines Senders und eines Empfängers lenkt diese Begrifflichkeit das Interesse besonders auf das Medium. In der Tat kann man einige Aspekte üblichen Prozessierens mit dieser Perspektive analysieren. Zu erinnern ist z. B. an die Konflikteskalation, die einem Prozess gewöhnlich vorausgeht, und in der das „Anwaltsschreiben“ als Drohgebärde in vielen Fällen ernsthafte Beschäftigung mit dem Konflikt einfordert und einen point of no return setzt. Der Anwalt muss nicht mehr sagen als der Kläger im Kern schon selbst gesagt hat. Offenbar ist es dann doch etwas anderes, ob in einem selbst verpassten Brief steht „Ich will Geld!“, oder ob in einem Anwaltschreiben zu lesen ist „Mein Mandant will Geld!“. Auch der Übergang von Mündlichkeit zu Schriftlichkeit ist ein interessantes Element der Konfliktverschärfung.

Neben solchen vereinzelten Beispielen der Relevanz der so eingenommenen Perspektive fallen einem aber nicht sehr viele andere ein. Deshalb wird man sich in der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Prozessgeschehen in aller Kürze an den wichtigsten Ansatz der Theorie menschlicher Kommunikation erinnern müssen.

Kommunikationstheoreme

Watzlawicks Lehre von den Kommunikationstheoremen hintergeht die oberflächliche Gleichsetzung von Kommunikation mit Produktion von Sätzen, Subjekten, Prädikaten, Objekten, Worten. Die zentrale Leistung seines Theorieansatzes besteht darin, dass seinem ersten Kommunikationstheorem zufolge jeder Äußerungsakt zugleich einen Inhalts- und einen Beziehungsaspekt hat *(Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/ Don D. Jackson, Menschliche Kommunikation, hier zitiert nach 7.Aufl. Basel 1967, S. 53 ff)*. Dieses "zugleich" ist das Entscheidende, weil nach einem überall und auch unter Juristen ganz

vorherrschendem Verständnis von Kommunikation die kommunikative Akte nur einen Inhalt haben. Nicht wahrgenommen werden also die Vielfalt der kommunikativen Aspekte, sondern sie werden in der statistisch breiten Mehrzahl aller Fälle reduziert auf den Inhaltsaspekt - also auf das, was etwa im Gesetz steht, wenn man die Tatbestandsmerkmale der Reihe nach liest und die Subsumtion des Sachverhaltes insgesamt als hinreichende Bedingung für die Rechtsfolge begreift.

Das Interesse des Psychotherapeuten Watzlawick hat sich auf einen ganz anderen Punkt gerichtet: Die verschiedenen Aspekte können in ihrer lebenspraktischen Bedeutung gleichsinnig sein, sie können aber auch zueinander in widersprüchlichem Verhältnis stehen. Die typischerweise undurchschaute Vielfalt der Aspekte bringt nun mit sich, dass ein Individuum in vielen Fällen existentiell verunsichert ist, wenn seine kommunikativen Akte in einer undurchschauten Weise in sich widersprüchlich bleiben, oder wenn er selber mit so gearteten kommunikativen Akten aus der Umwelt umgehen muss. Die berühmte Zentralstelle ist die Szene, in der eine überbeschützende Mutter ihrem etwas hasenfüßigen Sohn sagt: "Sei spontan!" Der von Watzlawick eingeführte Terminus double bind wird unterschiedlich übersetzt: Doppelbindung, Paradox, Widerspruch, Zwickmühle, Beziehungsfalle. Auf der Inhaltsebene hält die Mutter ihren Sohn zur Spontaneität an, auf der Beziehungsebene teilen eben jene zwei Worte mit, dass sie, die Mutter, hier wie gewöhnlich allein richtig weiß, was für ihren Sohn gut ist und ihn zu seinem Vorteil bevormunden muss.

Diese Art Widersprüchlichkeit ist also eine völlig andere als diejenige, von der die Lehrbücher der juristischen Methodenlehre reden. Wertungswidersprüche sind durch Interessen- oder Güterabwägungen zu entscheiden; aber Abwägen lässt sich nur, was gleichermassen als Gewicht Waagschalen zu belasten geeignet ist. Das kann bei den Äußerungen nicht gelingen, bei denen Inhalt- und Beziehungsaspekt nicht in der richtigen Übereinstimmung stehen. Hier ist Metakommunikation, also Verständigung über das kommunikative Geschehen selbst, zur Aufklärung nötig.

Dabei ist anzumerken, dass die Wirkungen auf der Beziehungsebene natürlich nicht immer gleich oder gleichförmig eintreten. Schon für das genannte Kernbeispiel lässt sich die Fortsetzung denken, dass der lethargische Sohn überhaupt nichts von dem begreift, was da vorgeht, und so die Beziehung stagniert.

Die zweite epochenmachende Beobachtung Watzlawicks war die Feststellung, dass kommunikative Akte nur unter Beachtung von „Interpunktion“ richtig verstanden werden könne. Auch das gesprochene Wort enthält gewissermassen Kommata und Punkte, die Einheiten abgrenzen und Beziehungssysteme signalisieren *(Watzlawick/ Beavin/ Jackson, a.a.O. S. 92 ff.)* Da nun Kommata und Punkte nicht gesprochen werden, gibt es wieder das Phänomen, dass der Inhaltsaspekt die soziale Bedeutung eines Kommunikationsaktes nicht ausreichend charakterisiert. Die Zentralstelle im Werk von Watzlawick ist die Erzählung von einem zerstrittenen Ehepaar *(Watzlawick/ Beavin/ Jackson, a.a.O S. 59),* dessen Konflikt von beiden genau gleich beschrieben wird: Sie nörgelt und er zieht sich von ihr zurück, immer abwechselnd, und das seit langem. Aus der Sicht des Mannes lässt sich die Ursache der bestehenden Ehekrise folgendermaßen illustrieren: "Wenn ich nach Hause komme, dann nörgelt meine Frau; kein Wunder, dass ich dann in die Kneipe gehe. Wenn ich danach nach Hause komme, dann nörgelt meine Frau wieder, und es ist doch wirklich kein Wunder, dass ich dann wieder in die Kneipe gehe." Aus der Perspektive der Frau sieht die Ehekrise folgendermaßen aus: "Wenn er aus der Kneipe kommt, dann darf er sich schließlich nicht wundern, dass ich schlecht gelaunt bin; statt auf mich zuzugehen, geht er nur wieder in die Kneipe, und meine Laune wird noch schlechter." Beide beschreiben dieselben singulären Ereignisse, aber sie sind sich nicht im klaren darüber, dass sie unterschiedliche Verständnisse davon haben, wie die Leerstellen zwischen diesen Ereignissen zu deuten sind. Eine Analyse, die nur die Inhalte a und b wahrnimmt, und gewissermaßen nicht nach der Interpunktion (in code-Form: aus ...ababab... wird entweder .ab. oder .ba. oder .a.b.), verfehlt, was die Kommunikation für die Beteiligten bedeutet und sie verfehlt die Chance, aufklärende Metakommunikation zu initiieren. Fragen der Anordnung von einzelnen Textteilen und Betonungen in der Kommunikation sind eben aussageträchtig.

Im hiesigen Zusammenhang muss dieser kleinen Ausschnitt aus dem Theorieansatz von Watzlawick genügen. Nur eine Weiterentwicklung ist zu nennen. Schulz von Thun (*Friedemann Schulz von Thun, Miteinander reden: Störungen und Klärungen, rororo Sachbuch 1981 - seitdem vielfache Nachdrucke)* hat das Watzlawicksche Modell der verschiedenen Aspekte ein und derselben Nachricht weiterentwickelt. Der Beziehungsaspekt, also die mit inhaltlichen Aussagen notwendig gleichzeitig verbundene Beschreibung der menschlichen Beziehungen zwischen Sender und Empfänger, lässt sich ausdifferenzieren in einen Beziehungsaspekt im engeren Sinne, der das Verhältnis von a und b betrifft, und in einen Offenbarungsaspekt *(Schulz von Thun a.a.O S. 26*). Wer sich äußert, sagt erst einmal etwas über sich selber; ob dann in der sozialen Situation seine Nachricht auch ankommt und

dadurch ein Beziehungsaspekt im engeren Sinne deutlich werden kann, das steht oft dahin. Aus diesem Grunde macht es Sinn, die Selbstbeschreibung des Sprechenden dadurch, dass er sich äußert, wie er sich äußert, usw, zu analysieren. Dieser Aspekt bleibt eben sehr häufig unerkannt und gerade dadurch sehr folgenreich.

Mangelnde Vermittlung zwischen Prozessdogmatik und Kommunikationstheoremen

Was bedeutet ein solcher Theorieentwurf für die Äußerungsakte des Urteilens und Verhandelns über Vergleiche? Kurz gesagt: Zwischen dem Prozessrecht, wie es die Juristen pflegen, und der sozialwissenschaftlichen Kommunikationstheorie gibt es keine Verständigungsebene. Die Frage nach Inhalts- und Beziehungsebene ist setzt eine völlig andere Form der Beobachtung und sonstigen Wirklichkeitswahrnehmungen voraus als sie in Prozessordnungen vorgezeichnet wird. Man könnte den Gedanken noch zuspitzen: Die Prozessordnungen scheinen namentlich für die Rolle des Richters vorzusehen, dass es keine Beziehungsebene gibt. Aber dieses Phänomen kann eine Norm nicht verbieten oder sonst aus der Welt schaffen. Eine Ausbildung, die sich auf das positive Prozessrecht konzentriert, ist gewissermaßen eine Desensibilierung, weil ein untergründiges Wissen um Inhalts- und Beziehungsebene erfahrungsgemäß bei sehr vielen Menschen als alltägliche Kompetenz zu verzeichnen ist. Andererseits sammelt man nicht durch Lebenserfahrung und durch Prozesserfahrung allein schon die Kenntnisse, für die die bahnbrechenden Untersuchungen von Watzlawik u. a. notwendig waren. Sicherlich gibt es Momente, in denen in Verhandlungen unterschiedlicher Interpunktionen zu registrieren sind und die Regel weiterhilft, man müsse dann zu Metakommunikation übergehen.

> *Die weitere Frage, was im übrigen praktisch zu tun ist, um Juristen mit besseren Kompetenzen für das Prozessieren und Verhandeln auszustatten, ist nicht Gegenstand der Rechtssoziologie. Nur so viel sei gesagt: Man wird sich zuerst die Ausbildungsformen der Therapeuten ansehen müssen und dann politisch mit jenen Barrieren kämpfen müssen, die einer Übernahme von irgendetwas Nichtjuristischem in das aktuelle Rechtssystem entgegenstehen. Weil Metakommunikation keinerlei Ort in der Prozessordnung hat, kann der einzelne Jurist auch in der dogmatischen Ausbildung wenig darüber hinzulernen. Die Einübung der Selbstbeobachtung unterliegt nicht der Kontrolle dadurch, dass man sich in praktischen Situationen der Richtigkeit und der Zuverlässigkeit der Selbstwahrnehmung und der Fremdwahrnehmung vergegenwärtigen muss.*

Die Diskrepanz zwischen sozialwissenschaftlicher Kommunikationstheorie und juristischem Verständnis von Prozess- und Vergleichsverhandlung macht aber einiges erklärlich. In der Praxis wird ein großer Unterschied wahrgenommen zwischen Richtern, die in der Erörterung der Sach- und Rechtslage Geschick haben oder in geschickter Weise Vergleichsverhandlungen voran treiben und solchen, deren Kommunikation nicht so erfolgreich verläuft. Der Erfolg lässt sich zu einem gewissen Anteil messen in den Prozentsatz der Verfahren, die ein Richter durch Vergleiche endgültig und arbeitssparend abschließt. So lange die Ausbildung von Juristen, die in Verfahren kommunizieren sollen, nicht gründlich modernisiert, wird es bei diesen Diskrepanzen bleiben. Weithin wird man nur registrieren können, welche Personen sich als Naturtalente des Kommunizierens erweisen und welche nicht.

Luhmanns „Legitimation durch Verfahren“ als Antwort auf die irreale Prozessrechtsdogmatik

Auch auf der Seite der sozialwissenschaftlichen Theorie ist die Diskrepanz nicht folgenlos.

Luhmann hat den juristischen Prozess in „Legitimation durch Verfahren“ *(Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969, S. 55 ff*) analysiert als einen Prozess der psychischen Deformation der Beteiligten zu blossen (!) Rollenträgern. Der Verlierer hat am Ende verloren, weil die Fülle der unverständlichen Ritualakte ihn deprimiert und klein macht; er internalisiert, dass er nichts zu sagen hat. Kommunikation in einem inhaltlichen Sinn des Wortes kommt im Gerichtsverfahren nicht vor. Die „Öffentlichkeit“, die nicht präsent ist, die „Gründe“ des Urteils, die niemanden überzeugen, die „Unbefangenheit“, die nur ein Pokerface ist, die „Rechtsmittel“, die als bloße Wiederholung keine neue Qualität haben, all das sind nur Elemente einer szenischen Aufführung, die Protest absorbiert und Komplexität reduziert. Jedes Element des Gerichtsverfahrens lässt sich so gegen den Strich des idealisierten Selbstbildes der Justiz bürsten.

In dieser hier noch weiter karikierend zusammengefassten Karikatur steckt ein klein wenig Wahrheit. So lange es nicht zu einem anderen Zusammenspiel zwischen Rechtswissenschaft und Kommunikationstheorie kommt, bleibt „Legitimation durch Verfahren“ ein wichtiger Theoriebeitrag.

Kap. 13

Wirkung von Recht

Das Konzept der Darstellung

Das Wort Wirkung und das Wort Recht stehen hier im Titel nur in einem vorläufigen Sinne. Wirkung ist gewählt, weil es als der vageste Oberbegriff fungieren kann für einen Komplex von Phänomenen, der interessiert. Es geht um Wirkung, gesteuertes Wirken, Effekte und Effizienz, Befolgung. Was das angeht, wird zuerst einmal eine terminologische Vorsicht notwendig sein. Vom juristisch eingeübten Begriff der Wirkung kann man nicht ohne weiteres ausgehen, denn die conditio sine qua non erfasst zweifelsfrei vieles, was für keine Rechtswissenschaft und keine Rechtssoziologie je interessant sein kann. Natürlich – so ein Beispiel – ist die Tätigkeit des Bundestages in Berlin conditio sine qua non dafür, dass auf dieser Welt Bäume gefällt werden, aus denen Papier produziert wird, auf die in der Druckerei des Bundesgesetzblattes Druckerschwärze aufgebracht wird.

Man wird also gut daran tun, auf dem weiten Felde der Wirkung von Recht keinen großen Wurf zu wagen, sondern die Aussagen in einzelnen Bausteinen zusammen zu setzen und immer detailbezogen Fragestellungen und Begrifflichkeiten zu diskutieren.

Das juristische Bezugsproblem: Normwirksamkeit als Verfassungsgebot

In diesem Sinne empfiehlt es sich, mit einem juristischen Bezugsproblem zu beginnen. Es soll zugleich verständlich machen, dass man sich den Problem mit grossem wissenschaftlichem Einsatz widmen sollte.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 27. 6. 1991 *(NJW 1991, 2129)* judiziert:

> *„Der Gleichheitssatz verlangt für das Steuerrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich belastet werden. ... Wirkt sich eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, dass der Besteuerungstatbestand weitgehend nicht durchgesetzt werden kann, ... so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Steuernorm“.*

Diese Leitsatztexte führten allerdings nicht zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde gegen die Steuererhebung, aber der Gesetzgeber wurde mit Übergangsfrist zum Tätigwerden gezwungen. Auffällig ist die Reihenfolge. Während der erste Satz der Leitsätze noch umstandslos „rechtlich und tatsächlich“ Gleichheit einfordert, ist im Weiteren ein verwässerndes „weitgehend“ zu lesen, und das Ergebnis der Entscheidung belässt der Norm eine vorläufige Wirksamkeit. Die Sache ist also nicht ganz einfach. Weder gilt auf der einen Seite der Satz, dass eine real ungleich wirkende Norm deshalb normativ unwirksam sei, noch gilt im anderen Extrem der Satz, dass der Gesetzgeber unwirksame Normen erlassen darf, ohne dass das Wirkungen habe. Die Wirkung kann verschieden sein und besteht zum Teil in einer Nachbesserungspflicht.

Welch ein schwieriges Feld Wirksamkeitsfragen in ihrer justiziellen Aufarbeitung sind, kann man anhand eines Kammerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichtes studieren, der die Ausgleichsabgabe bei fehlender Beschäftigung schwer behinderter Menschen durch Arbeitnehmer betraf *(NJW 2005, 737).* Die Entscheidung zitiert eine ganze Masse von statistischen Angaben zu dem großen Problemfeld der Beschäftigung schwer behinderter Menschen. Zentral war der Angriff des beschwerdeführenden Unternehmers, die tatsächliche Quote beschäftigter schwer behinderter Menschen sei von 5,9 % im Jahre 1982 auf 3,7 % im Jahre 1999 gesunken. Dazu die Entscheidung: „Diese Entwicklung mag auf die niedrige Höhe der Abgabe ..., auf der konjunkturellen Situation oder auf besonderen Hemmnissen bei der Einstellung schwer behinderter Menschen ... beruhen. Sie stellt jedoch die Eignung der gesetzlichen Maßnahme nicht in Frage“.

Dem Gesetzgeber wird also die Möglichkeit eröffnet, die Norm sogar zu verschärfen, anstatt den Bürger von der wirkungslosen Norm zu befreien. Dabei kann man keine Hoffnung haben, das Problem in irgendeine Art von Algorithmus zu fassen, in dem man bestimmte Prozentsätze für wirksam/unwirksam ausreichend sein lässt. Noch krasser ist der Hinweis von Brun-Otto Bryde auf die vermutete Dunkelziffer von 99 % bei einfachem Diebstahl *(Bryde, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem, 1993, S.11 mit weiteren Nachweisen).* Man möchte hinzufügen: Bestände die Dunkelziffer von 99 % beim Handel mit Kriegswaffen, dann wäre dies ganz sicher ein anderes Rechtsproblem.

Dem Gesetzgeber darf also die reale Wirkung von Norm nicht gleichgültig sein, und dem Bürger, der sich in der Demokratie fragt, was sich machen und was sich nicht machen lässt, ist sie aus politischen Gründen nicht gleichgültig. Es ist also wichtig, „Begleitforschung“ zu neuen Gesetzen zu treiben. Manchmal ist dies vom Gesetzgeber auch selbst im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen als Basis für Berichte, wie sich die Lage entwickelt hat. Solche Fälle bilden die einleuchtensten Exempel für die „Prozeduralisierung“. Die gemessene Wirkung verändert sich in der Zeit, und in manchen Fällen ist Gerechtigkeit nur in der Weisung anvisierbar, dass der Entwicklungsgang selbst transparent gemacht werden muss und Reaktionen auf Fehlentwicklungen schon von Anfang an in Aussicht genommen werden, ohne dass diese vorweg für alle zukünftigen ungewissen Situationen bereits planbar sind. Nun kann man die rechtstheoretische Frage hier nicht ausdiskutieren, ob „prozedurale Gerechtigkeit“ die angemessene Gerechtigkeitsvorstellung der Moderne *ist (vgl. dazu zB Klaus F. Röhl and Stefan Machura, ed, Rrocedural Justice, OnatiInternational Series, Aldershot 1997)*, aber jedenfalls macht der Hinweis plausibel, dass Begleitforschung etwas Gutes und Wichtiges sein kann. Um hier die gebührende kritische Aufmerksam zu schenken, kann man einige Gesichtspunkt am Exempel eines jüngeren Beispiels der Begleitforschung durchdiskutieren.

Nur in manchen Fällen kann man sich die Sache so leicht machen, dass man die Unwirksamkeit einer Norm aus dem Stand heraus diagnostiziert und die Folgen daraus umsetzt. Ein krasses Beispiel dafür ist für die Rechts- und Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland die Entscheidung des EuGH vom 10.4.1984 *(EuGH NJW 1984, 2021)*. Die Bundesrepublik Deutschland hatte sich der EU-Entscheidung beugen müssen, die Diskriminierung von Frauen im Arbeitsrecht beseitigen zu müssen. Einen Teil des hinhaltenden Widerstandes in der deutschen Gesellschaft und der deutschen Juristenschaft war die Norm des damaligen § 611 a Abs. 2 BGB, wonach im Fall einer diskriminierenden Ablehnung einer Bewerbung einer Frau nur der sog. Vertrauensschaden als Schadensersatz zu leisten sei. Diese Norm wurde damals in der Öffentlichkeit als „Porto-Paragraph“ gehandelt, weil der Vertrauensschaden der abgewiesenen Bewerberin in vielen Fällen nur im Briefporto der zu Unrecht abgewiesenen Bewerbung bestand. Die EuGH-Entscheidung besagte, dass eine Sanktion zur Durchsetzung der Gleichheit von Männern und Frauen nicht derart unwirksam sein dürfe, und sprach aus, dass die Bundesrepublik die europarechtliche Verpflichtung zur Männer-Frauen-Gleichberechtigung nur unzureichend durchgeführt habe. Politisch handelt es sich um eine Blamage der Bundesrepublik Deutschland als moderner Rechtsstaat, in dem schließlich seit 1949 Art. 3 Abs. 2 galt: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“.

Begleitforschung zu Gesetzen am Beispiel des Kindschaftsrechts

Zentrum des hier hinsichtlich der Begleitforschung diskutierten Kindschaftsrechtsreformgesetzes war die Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch nach der Ehescheidung als Regelfall. Bis 1989 hatte gegolten, dass der Richter im jeden Scheidungsfalle sich mit der elterlichen Sorge befassen musste und ein weiteres Bestehen der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge nur eine von verschiedenen Möglichkeiten der richterlichen Entscheidung war. Durch die Aufhebung des Zwangszusammenhanges von Scheidung der Ehe und Entscheidung elterliche Sorge wurde die schlichte Beibehaltung des vor der Ehescheidung geltenden Zustandes ehelicher Gemeinsamkeit zum Regelfall.

Roland Proksch erhielt den Auftrag zur Begleitforschung und lieferte den Schlussbericht im März 2002. *(als Buchveröffentlichung: Proksch, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts: Begleitforschung zur Umsetzung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, 2002).*
Der Abschlussbericht (veröffentlicht www.bmj.bund.de/media/archive/200.pdf, gelesen 25.6.2005) schildert die Untersuchung:

> *„Mit der flächendeckende Befragung aller Eltern, deren Ehe im ersten Quartal 1999 in Deutschland rechtskräftig geschieden wurde, so wie einzelner ihrer Kinder in den Jahren 1999/2000 und 2001/2003, der Befragung aller (Familien-)Richter/rinnen an allen Amtsgerichten (Familiengerichten) und Oberlandesgerichten, ausgewählter Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälten mit dem Arbeitsschwerpunkt familienrechtliches Mandat und aller Jugendämter im Jahres 2001 wurde das bisher umfangreichste Datenmaterial in Deutschland zur Nach-/Scheidungssituation von Eltern und zu den entsprechenden Neuregelungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes gewonnen. Antworten von 7.800 Eltern (erste Befragung 1999/2000) bzw. 4.376 Eltern (zweite Befragung 2001/2002, von 809 Richter/innen, 904 Rechtsanwälten/innen und 301 Jugendämter wurden ausgewertet“).*

Auf diesem Hintergrund erfolgt Selbsteinschätzung zur Wirksamkeitsforschung:

„Das Datenmaterial ermöglicht aussagenkräftige, vergleichende Betrachtungen von Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge und alleiniger elterlicher Sorge und ihrer Kinder sowie von Wirkungen der neuen Regelungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes.“

Es sind einige Kennzeichen seriöser Begleitforschung zu registrieren. Dazu gehört zuerst die Methodenvielfalt. Ein komplexes Phänomen kann nicht angemessen mit einer soziologischen Methode (z. B. Fragebogen) erfasst werden. Proksch hat Fragebogen eingesetzt und zwar im Zeitabstand. Das ergibt eine gewisse Kontrollwirkung für Plausibilitäten und erschliesst Aussagen über Entwicklungen. Daneben hat er Experten befragt, und bei diesem in der gesellschaftlichen Entwicklung hoch kontroversen Gegenstand auch sehr viele. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Befragungsmethoden die Ergebnisse im bestimmten Sinne verzerrt haben könnten.

Das wichtigste Ergebnis der Untersuchung lässt sich mit dem Hinweis auf einen Punkt benennen. Die professionell mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz Befassten äusserten die Einschätzung, dass dieses Gesetz seine Ziele überwiegend „sehr gut/gut“, mindestens aber zufriedenstellend (teils/teils erreicht). Das betrifft die Verbesserung der Rechte der Kinder, die Stärkung der elterlichen Autonomie, die Förderung der Beziehung des Kindes zu seinen beiden Eltern, und die Gleichstellung der nicht-/ehelichen Kinder. Die Förderung der Beziehungen von Kindern zu ihren (beiden) Eltern bedarf jedoch weiter unterstützender Aktivität, insbesondere auch durch Familiengerichte, Rechtsanwaltschaft und Jugendämter.

Diese inhaltliche positive Aussage sei hier vorausgeschickt, um jetzt exemplarischen analytischen Fragen, die leicht kritisch werden können, fortzufahren

Standardfragen zur Begleitforschung

Standardfrage 1: Wo sind Kausalitäten belegt? Man kann der Meinung sein, dass Kausalitäten prinzipiell nicht darstellbar sind, weil es immer störende Querursachen geben könnte, und weil der Zustand des beziehungslosen Nebeneinander zweier Phänomene durch kein experimentum crucis solche Möglichkeiten ausscheiden kann. Man liest bei Proksch:

„Die hohe Anzahl von 75,54 % der Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung belegt, dass die gemeinsame Sorge seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, dass bei der Scheidung (überwiegend) übliche Sorgemodell in der Bevölkerung geworden ist. Im Zweifel entscheiden sich Eltern offenbar für den Beibehalt der gemeinsamen Sorge, auch wenn sie dies nicht für eine (für sie ‚optimale‘ nacheheliche Gestaltung der elterlichen Verantwortung sehen“.

In diesem Text signalisiert das Wort „offenbar“ den Punkt, wo der Forscher die Art der Beziehung zwischen dem Gesetz und der genannten Prozentziffer nicht klarer zu benennen imstande ist. Was hier die Wirkung des Gesetzes ist, ist nicht genau zu sagen. Im Gesamtkomplex der vorgelegten Forschungen sind mehrere Kausalstränge denkbar. So werden die insgesamt zufriedenen professionellen Richter, Rechtsanwälte und Angestellte von Jugendämtern die Eltern in Richtung auf Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge beraten. Diese Kausalkette meint der Text aber nicht, der in vielen Stellen die elterliche Autonomie hervorhebt.

Standardfrage 2: Sagen die Daten zum Thema Wirkung etwas aus? Bei Proksch liest man zu Unterhaltsleistungen:

„Die ‚Armutssituation’ der Eltern mit gemeinsamer Sorge und alleiniger elterlichen Sorge ist grundsätzlich vergleichbar. Netto-Einkommen bis maximal 3.500 DM hatten 1999 (2001) 74,7 % (71,2 %) der Eltern mit gemeinsamer Sorge und 79,6 % (78,5) der Eltern mit alleiniger elterlicher Sorge.“

Was sagen die angegebenen Ziffern über die Vergleichbarkeit der beiden Personengruppen? Sie stehen in der Gefahr, banal zu sein, mithin eine Größe, die für jede Ergebnisinterpretation offen ist. Man kann die Mitteilung z. B. folgendermaßen karikieren, um ihre Achillesferse vorzuzeigen. Man stelle sich vor, die Aussage habe gelautet, 96 % der Eltern mit gemeinsamer elterlichen Sorge hätten max. 6.000 DM Einkommen und 98 % der Eltern mit alleiniger elterlichen Sorge gehe es eben so. Je höhere Einkommensbeträge man nachfragt, desto ähnlicher müssen sich die Zahlen werden. Die Armutssituation wäre vermutlich viel interessanter gewesen, wenn man den Blick auf die Sozialhilfeempfänger gerichtet hätte. Aber was wäre gewesen, wenn das Ergebnis einen höheren Anteil an zerstrittenen Eltern mit Sozialhilfe als Haupteinkommen ausgewiesen hätte? Für ein solches Ergebnis wäre die Interpretation nahe liegend, dass die schlechte ökonomische Situation schärfere eheliche Konflikte bei Bestehen der Ehe bewirkt habe und diese sich in der Unmöglichkeit ausdrückten, im Moment der Scheidung eine gemeinsame Lösung für die Kinder zu finden. Dann

ginge es nicht um einen Nicht-Zusammenhang, sondern um eine außerhalb der genannten Größen (Einkommen, Elternschaftsform) liegende Ursache, die nur teilweise von den genannten Grössen abhängig ist.

Dritte Standardfrage: Übersehene Kausalverkettungen?
Dazu folgender Text:

> *„Die Sorge, dass die Regelung des § 1671 BGB verstärkt zu isolierten von der Scheidungssituation unabhängigen Verfahren von Eltern mit gemeinsamer Sorge auf Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge vor oder nach rechtskräftiger Scheidung führt, blieb unbegründet. ... (erstinstanzliche) Richter/innen (Amtsgericht) und Rechtsanwälten/innen stellen eine Ermäßigung von streitigen Folgesachen elterlichen Sorge sowie auch isolierte Sorgeverfahren vor und nach Scheidung fest. Dem steht nicht entgegen, dass die Richter/innen am OLG eine Erhöhung konstatieren. Die Ermäßigung der Verfahren bei Amtsgerichten übersteigt zahlenmäßig deutlich die Erhöhung bei dem Oberlandesgericht".*

Unter dem Blickwinkel des Bundesgesetzgebers mag es wirklich so gewesen sein, dass es nur auf die Gesamtzahl der Verfahren ankam. Dies durfte Proksch in den Zeiten teurer Gerichtsverfahren und leerer öffentlicher Kassen voraussetzen. Beim Lesen einer wissenschaftlichen Untersuchung verbleibt ein Ungenügen. Wenn sonst alles durch die gemeinsame elterliche Sorge besser wird, was erklärt dann eine Erhöhung streitiger Verfahren bei den Oberlandesgerichten? Keine sehr wesentliche Frage wegen der nicht allzu hohen Fallziffern, aber ein Anzeichen dafür, dass die Untersuchung nicht die Gesamtheit der Kausalerknüpfungen aufgeklärt hat.

Standardfrage 4: Ist der Umgang mit der Grenze von Kausalaussagen/Interpretationen sorgfältig? Man kann mit einigen Wissenschaftstheoretikern der Meinung sein, dass jede Faktenmitteilung bereits eine auswählende oder in ihrer Formulierung liegende Interpretation weiterreichender Zusammenhänge ist. Für den Hausgebrauch der Begleitforschung jedenfalls kann man die Textsorten Realitätsfeststellung und wirkende Interpretation durchaus hinreichend klar trennen. Dazu nur ein Beispiel aus dem Text von Proksch: „Demzufolge ist es unabdingbar, die Eltern mit alleiniger elterlichen Sorge in den Blick zu nehmen und zu klären, durch welche Maßnahmen die Rechte ihrer Kinder, insbesondere auf Umgang, zu realisieren sind und nachhaltig gesichert werden können". Dies ist sprachlich ein sehr offener Appell und damit ein Extrempunkt wertender Stellungnahme. Man hätte ihn höchstens noch deutlicher formulieren können, wenn man den Satz begonnen hätte mit: „Die Bundesregierung wird aufgefordert, ...".

Die Perfektionierung der Wirkungsforschung

Für öffentliche Debatten und für politische Zwecke ist die Begleitforschung der eben vorgestellten Art sicher jederzeit brauchbar. Ideologen, die eine reale Alleinstellung der Ehe behaupten und normativ diese fordern, müssen nach der Begleitforschung von Proksch zugeben, dass die ehegleiche gemeinsame elterliche Sorge für Kinder auch nach der Scheidung keine Katastrophe und keine unerwarteten Ergebnisse produziert hat. Andererseits fragt es sich natürlich, ob man die vielen Bedenklichkeiten im Detail nicht durch Verbesserung der wissenschaftlichen Arbeit beseitigen kann. Anders gefragt: Wie ist Wirkungsforschung von Gesetzen zu perfektionieren?

Dafür liegt in der rechtssoziologischen Literatur eine Dokumentation eines Forschungsprojektes von Giese und Runde *(Reinhard Giese, Peter Runde, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1999, 14 ff.).* Die methodischen Überlegungen waren entwickelt worden anhand von Problemen der Pflegeversicherung. Es leuchtet ein, dass die Einführung der Pflegeversicherung in jeder Hinsicht der Begleitung bedarf: Geht es am Ende den Pflegebedürftigen besser? Werden die Pflegenden in häuslicher Pflege nicht überbeansprucht? Werden die häuslich Pflegenden unterstützt, ohne dass diese Pflege dann doch wieder aufwendiger würde als öffentliche Modelle? etc. Dabei thematisieren die Autoren ganz am Anfang auch die Schwierigkeit, Ziele eines Gesetzes festzustellen, weil die politischen Vorgaben häufig nicht konsistent sind. Begründungstexte in parlamentarischen Reden und sog. offiziellen Gesetzesbegründungen sind politische Texte, und da wird schöngeredet und so mancher Pelz wird gewaschen und ist angeblich dann doch nicht nass. Für die Autoren aber liegt das Hauptproblem darin, dass das Gesetz nach seiner Einführung von sehr vielen unterschiedlichen Menschen traktiert wird. Man könnte nun, so wie das in der Begleitforschung bei Proksch geschehen ist, statistische Gruppen bilden (also z. B.: 82,7 % der Pflegenden fühlen sich ausreichend durch die gesetzlichen Vorgaben in ihrer Arbeit unterstützt). Das ist für viele Zwecke eine ausreichende Form des Vorgehens, aber gerade im Zusammenhang mit der Untersuchung der Pflege alter Menschen fragt sich besonders, wo die Schwachstellen des vom Gesetz etablierten Systems liegen. Darauf bezogen leuchtet die Problemsicht von Giese und Runde ein, die die Wirkung des Gesetzes gerade

auch bei verschiedenen Menschen in den Blick bekommen wollen. Dazu müssen sie die Wissensbestände, Präferenzen und Wahrnehmungsmuster unterschiedlicher Individuen in den Blick nehmen. Es fragt sich dann, ob eine solche Forschung nicht zu einer totalen Zersplitterung der Aussagen führt. Die Autoren sind dieser Meinung nicht, weil sie doch wieder durch Begriffe wie „kulturelle Rahmensteuerung" Zusammenfassungen von Randbedingungen erreichen. Damit ist klar, dass es um mehrere Ebenen geht. Es geht z. B. um das reale Verhalten bei Pflegeübernahme und Organisation der Pflege, und um die Erklärung von Verhalten z. B. durch Werte und Wissen. All die genannten Größen wollen die Autoren nun im Prozess, also auch in ihrer Veränderung über die Zeit und in eigendynamischen Entwicklungen untersuchen.

Man kann das Referieren des Projektes an dieser Stelle abbrechen, weil das wesentliche schon zu sehen ist. Einerseits lassen sich weitergehende, methodisch genauere Ansprüche an Wirkungsforschung formulieren; andererseits sind die Ansprüche damit so hoch gesteckt, dass ein so ausgelegtes Forschungsprojekt im derzeitigen praktischen, politischen und wissenschaftlichen Geschehen nur selten verwirklicht werden wird. Die Begleitforschung von Proksch ist in einem mehr als 400seitigem Buch veröffentlicht, und wenn er den von Giese und Runde geäußerten Ansprüchen hätte genügen wollen, dann wäre nicht abzusehen gewesen, wie viel 1000 Seiten er gebraucht hätte. Wissenschaftliche Genauigkeit steuert überall und auch in der Rechtssoziologie auf einen Paradox zu: Wer es mit der Genauigkeit als Wissenschaftler übertreibt, der kommt nie zu einem Ergebnis. Wissenschaft ist auch eine Praxis, und der Vorgang wissenschaftlichen Arbeitens und Erkennens in der Zeit muss auch als solcher praktischen Anforderungen genügen. Man darf mithin aus wissenschaftsinternen Gründen die Frage der praktischen Umsetzung von Projekten nicht aus dem Blick verlieren.

Verhaltenssteuerung mit vielen Instrumenten und die grundrechtliche Fallgrube

Unter politisch-praktischem Gesichtswinkel ist natürlich die Frage besonders interessant wie der Gesetzgeber ein Ziel mehr oder minder effektiv zu erreichen versuchen kann. Was muss er tun, damit seine Politik, die er in Gesetzesform gegossen hat, auch das Verhalten der Menschen bestimmt? Die klassische juristische Methodenlehre dürfte dafür Antworten bereithalten wie z. B., dass das Gesetz in klarer Sprache gehalten sein muss. Eine realistische Betrachtung des Rechts als ein Faktor in der Gemengelage der Kausalbeziehungen, die die Weiterentwicklung der Gesellschaft bestimmen, wird den Blick besonders auf Beispiele richten, in denen der Gesetzgeber nicht damit rechnen konnte, dass die Bürger von sich aus geneigt sind, den vom Gesetz gewollten Erfolg kraft eigener Entscheidung unabhängig vom Gesetz herbeizuführen.

Ein solcher in der Literatur diskutierter Fall ist das Züchtigungsverbot. Umgangssprachlich gesagt: Eltern wird verboten, ihre Kinder zu prügeln. Dieses ist in Europa im ausgehenden 20. Jahrhundert ein Gegenstand des öffentlichen Diskurses gewesen und ein Gegenstand der Gesetzgebung in Schweden und in Deutschland. Die politischen Rollen waren verteilt. Konservative Kreise haben immer das Recht (und sogar die Pflicht!) der Eltern betont, ihre Kinder körperlich zu züchtigen, wenn dies für die Erreichung von Erziehungszielen angemessen war. Progressive Eltern und Politiker verneinten dieses Recht und argumentierten mit der Überlegenheit gewaltfreier Erziehung, den Missbrauchsgefahren im Übergang zur Kindesmisshandlung und der Emanzipation junger Menschen schlechthin. Das Exempel bildet die Entwicklung in Schweden. Der Gesetzgeber hat schon 1966 *(ich folge hier der Darstellung von Klaus Ziegert, S. 280 ff. in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 9, hrsg. von Rüdiger Voigt, Opladen 1983)* im Gesetzestext das Recht der Eltern zur Züchtigung beseitigt. Trotzdem wurde dieser Text von Juristen dahingehend zu Recht interpretiert, dass die Eltern erzieherisch schlagen dürften. 1979 kam es zum ausdrücklichen und eindeutigen Züchtigungsverbot. Dieses Züchtigungsverbot scheint auf dem ersten Blick außerordentlich erfolgreich gewesen zu sein, denn die schwedische Gesellschaft hat sich im erheblichen Umfange dahin verändert, dass Prügeln von Kindern eine marginale Erscheinung geworden ist. Die genauere Untersuchung zeigt aber *(Klaus Ziegert a.a.O.)*, dass dieser Erfolg im erheblichen Maße ein dichtes Netz sozialer Unterstützungssysteme zurückzuführen sein dürfte.

Für eine wissenschaftliche Wirksamkeitsforschung ist nun interessant, dass das Nebeneinander verschiedener Ursachen (Gesetzestext, institutionelle Arbeit) nicht mehr in ein Zahlverhältnis zu bringen ist. Aussagen von der Klarheit, ein deutlicher Gesetzestext sei wichtiger als institutionelle Arbeit, sind nicht möglich. Zweitens zeigt das Beispiel, dass eine im Gesetz vorgesehene Sanktion in keinem immer und überall gültigen Verhältnis zur Gesamtwirkung der Bemühungen der politischen Führung und des Parlamentes stehen. Im Fall des schwedischen Züchtigungsverbotes ist der Gesetzgeber offenbar erfolgreich zu der Meinung gekommen, man müsse die Zone der präventiven Maßnahmen und verwaltenden Eingriffe möglichst strafrechtsfrei gestalten. In der späteren deutschen Diskussion wurde an dieser Stelle häufig voreilig argumentiert, der Wegfall eines Züchtigungsrechtes

müsse automatisch dazu führen, dass die körperliche Züchtigung als Körperverletzung strafbar sei. Das entsprach der sonst in der Bundesrepublik oft zu hörenden Meinung, dass ein unerwünschtes Verhalten je nach Grad der Unerwünschtheit mit immer höheren Strafen belegt werden muss. Ein kombiniertes Vorgehen einer Regierung und eines Parlamentes mit öffentlichen Kampagnen, Schaffung von präventiv wirksamen Verwaltungsinstitutionen etc. ist nach der schwedischen Erfahrung das günstigste, was man zur Erreichung eines gesellschaftlichen Ziels tun kann.

Für die deutsche Diskussion ist allerdings auf eine juristische Fallgrube hinzuweisen. Man kann aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohne allzu deutlichen Bruch der Regeln juristischer Vertretbarkeit den Satz destillieren, ein Grundrechtseingriff müsse in einem Abwägungsprozess aufgewogen werden von den positiven Zielen, die durch jenen negativen Eingriff erreicht werden soll. Zu diesem Gedankengang scheint dann zwingend zu gehören, dass ein vom Parlament gemachtes Gesetz die Wirkung der Zielerreichung haben muss, und damit öffnet sich die Fallgrube: Wenn die politische Führung effizient mit einem Bündel von Maßnahmen für ein gutes Ziel agiert, dann ist das parlamentarisch gemachte Gesetz immer nur eine von mehreren Ursachen und seine Wirkung ist um so weniger zu bestimmen wie das Instrumentarium insgesamt reichhaltig ist. In einem Zweig der Debatte kann man nun dabei landen, dass auch ein gutes Ziel nicht durch ein klares Gesetz verfolgt werden darf, denn seine Wirkung ist nicht messbar und damit nicht sicher.

> *Am Beispiel vorgeführt sieht das so aus: Der Gesetzgeber geht in öffentlichen Kampagnen gemeinsam mit den Trägern der Jugendwohlfahrt und schließlich auch durch ein verbietendes Gesetzes gegen die Werbung für den Alkoholkonsum von Jugendlichen vor. In dem genannten Gedankengang wird damit in die unternehmerische, grundrechtsgeschützte Freiheit eingegriffen, und dass das Gesetz dieses erfolgreich tue, lässt sich in der Bündelung von Ursachen (und in den Schwierigkeiten der Prognose) nicht sicher sagen; dann kommt man zur Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Einschränkung der Werbung für den Alkoholkonsum durch Jugendliche. (so im Kern Michaela Mentjes, Rechtliche Grenzen der Alkoholwerbung, Berlin 2005)*

Man sieht: Je besser (im Sinne von effektvoller) Regierung und Parlament arbeiten, desto sicherer ist ein Gesetz verfassungswidrig. Diese Fallgrube ist aber nicht von der Rechtssoziologie gegraben, sondern von der Rechtsdogmatik, und diese kann die Grube auch wieder zuschütten. Es geht um die in der Gewaltenteilung angelegten Handlungsspielräume von Regierung und Gesetzgeber. Beide müssen auch bei der Einschränkung von Grundrechten Spielräume der Einschätzung haben, und zwar gerade auch Spielräume der Zukunftseinschätzung. Er muss auch mit trial and error handeln dürfen. Das Ermessen erlaubt nicht, Gesetze zu machen, die sicher von Anfang an für die Erreichung der guten Ziele nichts beitragen, aber negativ die Grundrechte von Bürgern beeinträchtigen. Alles andere ist offen.

Vollzugsdefizit

Ein rechtssoziologischer Text zur Wirkungsforschung darf das Stichwort Vollzugsdefizit *(referierend Rehbinder, Rechtssoziologie, 5. Aufl. Rz 181 -183)* nicht auslassen. Vor einigen Jahrzehnten schien es geradezu eine Entdeckung zu sein, dass viele Gesetze von den verwaltenden staatlichen Institutionen nicht durchgreifend umgesetzt wurden. Seitdem ist dieser Begriff in die Juristen-Umgangssprache und sogar die Bürger-Umgangssprache eingegangen. Dadurch blieben schon die ersten Unterscheidungen auf der Strecke. Das Defizit kann beispielsweise darin bestehen, dass die reale Anzahl von Anwendungsfällen nur zu einem statistischen Bruchteil von der Verwaltung erfasst und bearbeitet wird. Wenn Kinder in nichthinnehmbarem Maße die Schule schwänzen, in wie viel Prozent der Fälle wird das Jugendamt eingeschaltet und in wie viel Prozent der Fälle agiert es? Vollzugsdefizit kann aber auch darin bestehen, dass eine Verwaltung ihren gesetzlichen Auftrag nicht hartnäckig bis zu Erreichung des fallweise erreichbaren Optimums nachkommt. Wie lange forscht ein Jugendamt nach, ob ein Immigrantenkind, das in der Schule fehlt, kein Schulschwänzer ist, sondern für längere Zeit bei den Großeltern in Anatolien wohnt? Ein Vollzugsdefizit kann aber auch dadurch zustande kommen, dass eine Angelegenheit nicht mit der von der Sache her angemessenen und möglichen Schnelligkeit bearbeitet wird. Dieses Problem kann man exemplarisch nachvollziehen anhand der Untersuchung von Gisela Zens zur Entscheidungsrationalität im Umgang mit Kindesmisshandlung *(Gisela Zens, Kindesmisshandlung und Kindesrechte – Erfahrungswissen, Normstruktur und Entscheidungsrationalität, Frankfurt 1979, S. 137).* Zens analysiert eine vollständige Akte, in der sich ein Jugendamt um Kindeswohl bemüht. Die Abfolge der Verfahrensschritte zwischen den beteiligten Institutionen (Jugendamt, Vormundschaftsgericht, Strafgericht, Gutachten etc.) ist aber ersichtlich nicht durchgängig koordiniert und in seiner Bedeutung für das Wohl des betroffenen Kindes jedenfalls nicht durchgängig reflektiert. Nur ein Beispiel: „Wie soll aber ein Kind Distanz zu traumatischen Ereignissen gewinnen, wenn es ein Jahr lang alle paar Wochen (von wechselnden

Personen bzw. „von Behörden“, wie es selbst sagt) erneut damit konfrontiert wird“? *(Zens, a.a.O. S. 135).*

Im übrigen aber fehlt es für die neuere Zeit an Untersuchungen zum Vollzugsdefizit, die exemplarischen Charakter hätten. Es verbleibt viel Munition für politische Schaukämpfe, weil immer die Frage gestellt werden kann, was bei der personellen und sachlichen Ausstattung der jeweiligen Behörden in den Zeiten des Sparens und der gewollten Verringerung der Staatsquote überhaupt vollziehbar war.

Symbolische Normen

Die Rede von einem „bloßem symbolischen Gesetz“ hat es sicherlich in der Umgangssprache der Juristen lange gegeben. Die Beschäftigung mit diesem Phänomen ist nötig, damit man nicht auf der Ebene eines Stammtischgejammers verbleibt. Symbolische Normen sind nicht notwendig die schlimmere Form dessen, was schon unter dem Stichwort Vollzugsdefizit zu beklagen war, also Gesetze, die von vornherein nicht angewendet werden sollen. Symbole sind nicht belanglos. Wie sonst sollte man sich erklären, dass im dichten Anschluss an die Verbürgung der Rechts- und Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland (Art. 20 GG) dann Art. 22 folgt „Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.“ Um diese Farben der Flagge ging in der Weimarer Zeit eine üble Auseinandersetzung, in der antidemokratische Kreise das Symbol der Paulskirche und der Republik verunglimpften. Der Sieg des Nationalsozialismus im Januar 1933 wurde durch ein ungeheuerliches Aufgebot Flaggen gefeiert, und auf dem Hintergrund dieser Geschichte ist ein Symbol aktive Politik, gegossen in einen Grundrechtsartikel. Man muss also die Aufmerksamkeit für die realen Wirkungen und Zusammenhänge schärfen.

Die neueste einschlägige Untersuchung von Newig *(Jens Newig, Symbolische Umweltgesetzgebung: Rechtssoziologische Untersuchungen am Beispiel des Ozongesetzes, des Kreislaufs Wirtschaft- und Abfallsgesetze sowie der Großfeuerungsanlagenverordnung, Berlin 2003)* unterscheidet Alibigesetzgebung, Kompromiss-Gesetzgebung und appellative Gesetzgebung. Quer zu dieser Terminologie liegt die Frage, ob der Gesetzgeber bereits ein Vollzugsdefizit programmiert habe.

Das wird zuerst einmal bei der Alibi-Gesetzgebung anzunehmen sein. Ein überzeugendes Exempel ist die Einführung des § 108 e StGB im Jahre 1994, Strafbarkeit der Abgeordneten-Bestechung. Danach wird derjenige bestraft, der es unternimmt, für eine Wahl oder Abstimmung eine Stimme zu kaufen oder zu verkaufen. Eine Verurteilung nach dieser Norm ist nicht bekannt geworden *(Newig a.a.O. S. 52 mit Nachweis)*. Im gewissen Sinne handelt es sich um blinden Aktionismus des Gesetzgebers, aber um recht unschädlichen. Ein Gesetzbuch ist um einen Paragraphen verlängert worden; der Aufwand der Abgeordneten an Zeit und Aufwand für das Gesetzblatt an Papier halten sich in engen Grenzen. Niemand hatte sinnvolle Vorschläge parat, wie man der materiellen Beeinflussung von Parlamentariern effektvoll entgegenwirken könnte. In dieser Situation reagierte der Gesetzgeber auf etwas, was in der Öffentlichkeit skandalisiert wurde, und die hauptsächliche Wirkung des Gesetzes muss wohl darin bestanden haben, dass die Tagespresse über die Einführung berichtete. Der Bürger erfuhr: Das Parlament hatte gehandelt. Kurz darauf dürfte die Norm wieder vergessen gewesen sein und sie ist es bis heute. Fälle, in denen einzelne Abgeordnete unter dem Schutz der geheimen Abstimmung erwartungswidrig bestimmt haben (Nichtwahl von Heide Simonis in Schleswig-Holstein 2005), sind in der Öffentlichkeit ohne Erwähnung von § 108 e StGB diskutiert worden. Anders als ein Symbol der Republik der schwarz-rot-goldenen Bundesfahne, ist jene Norm als Tagesereignis offenbar schon lange vergessen. Bei solchen Normen dürfte die negative Besetzung des Terminus symbolische Gesetzgebung berechtigt sein.

Als Kompromissgesetzgebung bezeichnet Newig *(a.a.O. S. 52)* Gesetze, in der ein politischer Kompromiss materiellrechtlich dokumentiert wird. Dieser äußert sich darin, dass die eine Gruppe mit einem ihren materiellen Interessen entsprechenden Ziel sich im Gesetz wiederfindet, die andere Gruppe dahingegen die Nichtdurchsetzbarkeit dieses Zieles mit auf dem Weg geben kann. Es geht um Formulierungen wie zwingende Erfordernisse, ordnungsgemäße Beseitigung, erhebliche Nachteile, überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohl. Nun sind solche Formeln nicht inhaltslos. Die Benennung von Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl z. B. verneint die alleinige Relevanz von Individualinteressen. Eine Institution, die damit umgeht, hat entweder die politische Macht, die ihre Vorstellungen vom richtigen und guten wirtschaftlichen Handeln durchzusetzen, oder sie hat sie nicht. Die Existenz der Norm als Ansammlung von Druckerschwärze auf Bundesgesetzblattseiten selbst wird jenes Handeln nicht erzwingen und wohl auch nicht wesentlich voranbringen. Die Wirkung besteht darin, dass eine durchsetzende Instanz um eine Kleinigkeit effektvoller argumentieren kann als sie es ohne jene Norm könnte. Außerdem sind für jenes Argumentieren die Themen festgelegt. In der Methodenlehre ist bekannt, dass Topoi auch

heuristische Funktionen haben. Wenn man z. B. mit dem überall und immer in der Rechtsanwendung geläufigen Argument der Praktikabilität arbeitet, dann eröffnet dies in vielen Fällen ein näheres Nachdenken darüber, woran Praktikabilität zu messen und zu erkennen ist. Ausgehend davon kann man rationaler argumentieren, als es ohne thematische Eingrenzung der Fall wäre. Topoi sichern außerdem ab, dass man überhaupt miteinander ins Gespräch kommt. So ist etwa der Fall kaum vorstellbar, dass jemand bei der Interpretation einer Norm schlicht erklärt, ein Gesetz müsse nicht praktikabel sein. Im Falle der genannten Norm wird niemand mehr erklären können, Gemeinwohlüberlegungen täten schlicht nichts zur Sache. Neben der heuristischen und themenzentrierenden Funktion der Formel ist auch schon ein spezifisches Moment der Symbolik erkennbar. Mit Gemeinwohl wird angeschlossen an eine durchgängige Diskussion in der europäischen Geschichte. Mit solchen Wortformeln wurden im Selbstverständigungsprozess der westeuropäischen Gesellschaft durchaus Inhalte transportiert. Nur als Beispiel: Wer sich positiv auf Gemeinwohl bezieht, der grenzt jedenfalls Meinungen aus, wonach alle Geschichte die Geschichte von Klassenkämpfen ist.

Appellative Gesetzgebung liegt nach Newig dann vor, wenn gesellschaftliche Wertungen kodifiziert werden, ohne das dies mit konkret umsetzbaren, rechtsverbindlichen Zielen verbunden ist. Die Worte dafür schwanken. Man kann auch *(Newig a.a.O. S. 53 mit weiteren Nachweisen)* von Deklarationen, Wertbekenntnissen oder vom moralischen Appellcharakter sprechen. Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht gemeint, ein Gesetz sei nicht nur „Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse *(Bundesverfassungsgericht NJW 1975, 580, Schwangerschaftsabbruch-Entscheidung)*. Das Gesetz kann auch ein Appell sein. Kandidaten, an denen man Brauch und Missbrauch solcher Appelle diskutieren kann, sind die folgenden:

§ 90 a BGB: Tiere sind keine Sachen.

§ 1353 Abs. 1, Satz 1 BGB: Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen

§ 1618 a BGB: Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig.

Betreffend der Tiere wird die appellative Wirkung im Text kaum entfaltet. Der Bürger erfährt bereits im nächsten Satz, dass Tiere durch besondere Gesetze geschützt sind. Solange dieser Bürger kein Rechtsbrecher ist, ist die Welt in Ordnung, und das mit und ohne § 90 a BGB. Ein solcher Paragraph riecht nach politischem Wahlkampfaktionismus. Charakteristisch ist auch rechtstechnische Schlampigkeit, mit der diese Norm gemacht worden ist. Man hat nämlich ein Anschlussproblem nicht ausreichend beachtet: Wenn man durchgängig in der Rechtsordnung den Satz akzeptieren wollte, dass Tiere keine Sachen sind, dann wäre die Tötung eines Tieres keine Sachbeschädigung nach dem Strafgesetzbuch und damit in vielen Fällen straflos. Der Schutz der toten Sachen wäre gesetzlich besser als der Schutz der Tiere. Das müssen erst Juristen durch einen speziellen Sachbegriff des Strafgesetzbuches zurechtstutzen.

Dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird, wird nicht im direkten Anschluss durch Folgenormen konterkariert. Es ändert zwar an der Scheidbarkeit der Ehe nichts, aber diese ist rechtstechnisch abgesetzt. Der Inhalt der Norm bezeichnet positiv das Gewollte, nämlich die Beendigung der Ehe allein durch den Tod eines Partners. Man vergleiche damit die Tatsache, dass der Satz „Tiere sind keine Sachen" umgangssprachlich genauso wahr ist, wie der Satz „Tiere sind keine Autos". Der Appell zur lebenslangen Ehe ist dahingegen positiv lesbar.

Noch deutlicher ist der appellative Charakter bei § 1618 a BGB. Hier ist es namentlich die etwas altfränkische Sprachform, die die europäische Tradition der guten alten Zeit ins Gedächtnis ruft, in der Eltern und Kinder ihr Leben lang durch Liebe und Fürsorge verbunden war. Solche rhetorischen Mittel sind nicht unüblich und auch nicht illegitim. Eine Gegenmeinung in diesem Punkte verabsolutierte zu Unrecht die Idee des Konditionalprogramms *(vgl. Gerhard Struck, Das Gesetz als Kommunikation des Gesetzgebers mit dem Bürger, in: Rechtstheorie 32, 2001, 373 mit weiteren Beispielen zu Gesetzen, die nicht instrumental zu verstehen sind).* In der Kommentarliteratur wird z. T. versucht, § 1618 a BGB als Generalklausel zu instrumentalisieren. Damit wird der Appell schon recht dicht an ein Kommando gerückt.

An dieser Stelle muss man sich noch einmal zurückerinnern an eine der Ausgangsproblematiken. Gilt die Norm in Deutschland, dass ein real unwirksames Gesetz auch juristisch nicht wirksam, also z. B. verfassungswidrig ist? Die genannten Beispiele zeigen, dass man bei symbolischer Gesetzgebung schon sehr genau untersuchen muss, welches die nichtinstrumentellen Funktionen eines Gesetzes sein können. Man wird in der politischen und dann auch rechtspolitischen Diskussion mit der Forderung nach instrumentellen Gesetzen einigen Erfolg haben, und es handelt sich auch im übrigen

um eine relevante Kategorie zur Beurteilung von konkretem Gesetzgeberhandeln, aber entscheidend ist die Aufarbeitung der von Norm zu Norm unterschiedlichen Probleme der Symbolik.

Der dezente Staat

Insgesamt löst man sich immer weiter von der aus wilhelmischen Zeiten überkommenen Vorstellung, das Gesetzeswirkung im Gesetzesgehorsam des Bürgers gegenüber dem Gesetzeskommando besteht. Namentlich am Beispiel des Umweltrechtes als modernem Rechtsgebiet ist mit der Rede vom „dezenten Staat" die Erkenntnis signalisiert, dass modernes staatliches Handeln sich immer weiter entfernt von solcher Zugänglichkeit für rechtssoziologische Methodik. Volkmann *(Uwe Volkmann, JuS 2001, 521 ff.*) hat die These übersichtlich behandelt, dass ein moderner Staat in Regierung und Parlament das gesamte Spektrum wirksamer Verhaltensweisen für seine guten und richtigen Ziele ausnutzt. Er zählt auf: Appell und Suggestion, Information und Kommunikation, Kooperation und Verhandlungen, Anreize und Prämien, Monetarisierung und Marktregime, vordefinierte Spielraumstrukturen und Ausweichoptionen, Organisationsvorgaben und Lernimpulse.
Der Deutlichkeit wegen sei ein Gedankenexperiment vorgestellt.

> *Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland erfährt, dass alles Straußenfleisch mit Erregern von Milzbrand infiziert ist. Die Bundesgesundheitsministerin nutzt eine bestehende Verordnungskompetenz und schafft im eiligsten Verfahren eine Norm, wonach es mit Freiheitsstrafen bis 2 Jahren bestraft werden kann, wenn man Straußenfleisch verkauft oder kauft. Nehmen wir in dem selben Gedankenexperiment an, die Niederländische Gesundheitsministerin setze eilig mit Einladung an alle Fernsehanstalten eine als Priorität 1 deklarierte Pressekonferenz an, in der sie verkünde, dass alles Straußenfleisch auch in den Niederlanden mit Milzbranderregern verseucht ist. Welche von beiden Vorgehensweisen wird wohl die wirksamere für die Vermeidung von Erkrankungen sein sein?*

In der Dogmatik des Öffentlichen Rechts ist deshalb ein zunehmender Konsens ersichtlich, dass Maßnahmen des dezenten Staates außerhalb von Befehlen der Normen nicht deshalb schon außerhalb des Rechtsstaats und der rechtsstaatlichen Kontrolle liegen. Sie sind weder generell verboten, noch sind sie generell als bloße Politik der rechtlichen Kontrolle entzogen.
Für die rechtssoziologische Wirkungsforschung eröffnet sich damit ein neues weites Feld, dass aber noch schwerer zu beackern sein dürfte, als die alte Frage nach der Wirkung eines befehlenden Gesetzes *(vgl. Thomas Müller-Graf, Entrechtlichung durch Informalisierung?: Ein Beitrag zur Handlungsformen- und zur Rechtsverhältnislehre im Verwaltungsrecht, Basel 2001).*

Kap. 14

Der Gebrauch von Recht durch den Bürger

Das normative Bezugsproblem: Rechtsstaat

Die Idee des Rechtsstaats bedeutet nicht nur, dass der Bürger entsprechend vorhandenem Recht (nicht nur nach Tradition oder durch Willkür) regiert wird, sondern auch, dass der Bürger seinerseits Gewalt nur vermittelt über das staatliche Gewaltmonopol ausüben kann. Man kann nicht oft genug daran erinnern: Auch der von zwei Privatleuten geschlossene Vertrag ist die Basis für ein zivilrechtliches Urteil, das bei Bedarf vom Gerichtsvollzieher mit Gewalt vollstreckt wird und bei entsprechendem Bedarf nötigenfalls von der Polizei mit genau denselben Gewaltmitteln durchgesetzt wird wie sie bei der Auflösung einer verfassungsfeindlichen Demonstration zum Einsatz kommen (§ 758 Abs. 3 Zivilprozessordnung). Wenn man Rechtstaatlichkeit als Realität einfordern will, dann muss man folgerichtig diverse Unterfragen ausdifferenzieren. Werden die Bürger real gleich behandelt, wenn sie – burschikos gesagt – der Gegenstand der Rechtsanwendung sind? Da sich die Frage nicht auf die Gleichbehandlung im Einzelfalle richtet, also auf dem Vergleich des Individuums A mit dem Individuum B, werden bei der Bemessung der Realeffekte große kollektive andere Maßstäbe der Gleichheit politisch zu fordern sein. Haben die Bürger ihrerseits im Großen und Ganzen die Möglichkeit, von Recht und Justiz Gebrauch zu machen, d. h. überhaupt in Verfahren einzutreten und solche Verfahren mit prinzipiell gleichen Chancen bis zu einem Ende voranzutreiben? Sind Gesetze und Justiz prinzipiell geeignete Instrumente, oder sind sie von anderen Instrumenten an Effizienz überbietbar? Wenn die Justiz nun einmal das Risiko der Gewaltausübung verwaltet, wie können die Bürger dann das Risiko minimieren (dabei wird vorausgesetzt, dass es mehr Möglichkeiten gibt als sog. rechtstreues Verhalten)? Vom Rechtsbegriff Rechtsstaat aus ist eine andere Frage randständig, die in der Wissenschaftssystematik der Rechtssoziologie aber einen anderen Stellenwert haben könnte: Welchen Gebrauch machen die Bürger von den Institutionen des Rechtssystems jenseits ihrer offenbaren normativen Zwecke und wie schaffen die Bürger vielleicht selbst die Normen, die Funktionen erfüllen, die üblicherweise staatlichem Recht zugeschrieben werden? Solche Fragen könnte man sicherlich noch viel ausdifferenzieren. Hinzutretend historisch bedingte Besonderheiten, die man für die deutsche Diskussion als Problem ansehen kann. In Deutschland besteht z. B. die politische Tradition, dass nicht nur die Strafjustiz, sondern auch die Ziviljustiz und andere Justizzweige nicht durch Gebühren restlos finanziert werden, sondern in nicht vernachlässigbarem Umfang Geld aus dem allgemeinen Steuertopf konsumieren. Darauf bezogen ist die Frage interessant, welche kostengünstigen Alternativen es bei der Erfüllung welcher Funktionen gibt. Schon die wenigen Beispiele zeigen, dass es ein gewisses Konglomerat als Einzelfragen gibt, die nicht von einem Leitgedanken her aufzugliedern sind. Man darf also die oft zu hörende Meinung nicht verabsolutieren, dass Rechtsgebrauch darin bestehe, dass Recht als Konfliktregulierung erfolgreich eingesetzt werde.

Die Maschinenmetapher der Gesellschaft und ihr Ertrag für das Thema Rechtsgebrauch

Bildersprache verführt zu falschen Ideen, aber sie führt manchmal auch zu richtigen Ideen, also zu neuen Einsichten.

In diesem Sinne kann man versuchen, aus dem Bild der Gesellschaft als Maschine zu lernen.
Dieses Bild ist in keinem klassischen Text ausformuliert, aber es wird unendlich oft in Anspruch genommen. In vielen Texten ist die Rede von dem Räderwerk, den kleinen Rädchen, der Vorwärts- und der Rückwärtsbewegung, dem erhöhten Tempo etc der Gesellschaft.

Was sagt das Bild zu Recht in der Gesellschaft und zum Rechtsgebrauch?

Wer von Maschinen wie dem Automobil spricht, muss mindestens dreierlei Regelkomplexe unterscheiden. Da gibt es einmal Basisregeln, die der Nutzer gar nicht kennen muss. Eine solche Regel lautet:

> *Ein Gas, das erwärmt wird, dehnt sich aus.*

Ein Ingenieur muss dieses psysikalische Gesetz kennen, aber wenn er es kennt, kann er damit nicht etwa schon ein Auto bauen. Er befindet sich in derselben Lage wie ein Amtsrichter in einem Prozess um eine verunglückte Pauschalreise, der die Regel kennt:

> *Art. 20 Abs 3 Grundgesetz: Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*

Für die Benutzung des Autos sind die ganz anderen Regeln der Betriebsanleitung wichtig. Die lauten zB:

Zum Anfahren nimmt man den Gang heraus, betätigt den Zündschlüssel, tritt die Kupplung, geht in den ersten Gang und lässt jetzt die Kupplung sanft kommen.

Der Gebrauch dieser Regel ähnelt dem Gebrauch von Bilanzvorschriften wie zB

§ 340 d HGB Fristengliederung. Die Forderungen und Verbindlichkeiten sind im Anhang nach Fristigkeit zu gliedern.

Automobile wären aber nicht brauchbar, wenn es nicht Reparatur- und Störungsanweisungen. Solche Regeln lauten zB

Zum Auswechseln einer kaputten Fernlichtbirne öffnen Sie die Motorklappe, ziehen den Scheinwerfer aus der Halterung nach innen in den Motorraum, entfernen die Altbirne und befolgen weiter die Anweisungen, die der neuen Elektrobirnenverpackung beigegeben sind.

Solche Anweisungen ergeben sich keinesfalls aus den Konstruktionsplänen und sind nicht die blosse Umkehrung oder der blosse Nachvollzug des ursprünglichen Einbaus. Sie haben eine so eigene Qualität wie die rechtliche Reaktion auf die vollmachtlose Stellvertretung in § 179 Abs. 1 BGB. Nach Wahl des Geschäftspartners haftet der „Vertreter ohne Vertretungsmacht“ (offenbar so etwas wie ein Anlasser, der nicht anlässt) auf Erfüllung oder Schadensersatz. Nach den dogmatischen Grundregeln kann es keine richtige Erfüllung geben, denn es gab keinen Vertragsschluss. Die Störungsbeseitigung ist nicht der Vollzug der Basisregel Privatautonomie, aber das Ergebnis ist die gesellschaftlich angemessene Reaktion und das bedeutet: gerecht.

Die Maschinenmetapher der Gesellschaft lehrt, dass unter dem Oberbegriff Recht qualitativ sehr verschiedene Regelapparate zusammengefasst sind. Sie spricht dafür, dass man auch beim Thema „Gebrauch von Recht“ differenzieren muss.

Formen der Instrumentalisierung von Recht als ein Feld von Forschungen

Man muss also von vornherein Vorsicht walten zu lassen im Umgang mit gewissermaßen flächendeckenden großen Hypothesen.

Zur Verdeutlichung sei in Karikatur eine solche große Hypothese genannt: Justiz ist ein staatlich subventionierter Dienstleistungsbetrieb für den Mittelstand und damit eine Diskriminierung von Unter- und Oberschicht.

Der Gebrauch von Recht wird weithin sicherlich zuerst in Gestalt einer „einfachen“ Geschichte vorgestellt.

Ein Familienvater lässt einen Bauunternehmer ein Haus bauen und bezahlt; 5 Monate nach dem Einzug wuchern im Keller die Schimmelpilze und der Bauherr will vom Bauunternehmer soviel Geld, dass er die wohl versäumte Isolierung mit nachträglichen Reparaturen einfügen kann. Der Bauunternehmer meint, er habe alles plangemäß und richtig gemacht, und besagter Familienvater soll nur ordentlich lüften und heizen.

Eingeschlossen ist schon in der mitgeteilten kleinen Geschichte, dass die Gesetzeslage ebenso wie die tatsächliche Lage nicht restlos klar sind. Es gibt eine Varianzbreite von immer noch plausiblen Lösungen solcher Konflikte, die übrigens auch in verschiedenen Rechtsordnungen normiert sein können. Im Beispiel: Gibt es nur Schadensersatz in Geld, oder hat der Kläger, wenn er im Recht ist, die Wahl zwischen Schadensersatz in Geld und der Anforderung einer Nachbesserung durch Bauunternehmer, oder kann der Bauunternehmer auf Reparatur beansprucht werden, und gibt es ein vorläufiges beweissicherndes Verfahren, und wie viel Zeit hat der Bauherr mit der Rechtsverfolgung bevor Verjährung eintritt etc. Außerdem verbindet sich mit dem hier vorgestellten „normalen“ Gebrauch von Recht die Idee, es handle sich um einen Konflikt. Häufig wird sogar gesagt, das ganze Rechtssystem leiste Konfliktlösung, was dann natürlich das Feld möglicher Hypothesen zur Realisierung von Rechtsstaat sehr einengt. Tatsächlich werden in solchen Fällen die Schreiben der Beklagten in der Klagebeantwortung im Wesentlichen zusammengefasst werden können in den Satz: „Der Kläger lügt!“

Aber ist damit schon gesagt, dass der Gebrauch von Recht in einer vom Bürger gesteuerten Lösung eines Konfliktes bestehe? Stellt man sich den oben dargestellten Familienvater vor, dann kann man sich ihn auch als Begleiter seines Rechtsanwaltes im Gerichtssaal vorstellen, wie er über Schimmel und Schimmelgeruch und schlechte Handwerksarbeit schimpft; und man kann sich auch den kleinen Bauunternehmer vorstellen, der zurückschimpft. Damit ist der umgangssprachliche Gebrauch des

Wortes Konflikt angezeigt. Stellt man sich bei der Frage nach den Normalfall des Rechtsgebrauchs eine Aktiengesellschaft vor, die sich von einer größeren Bau-GmbH einen Bürobau erstellen lässt, dann wird derselbe Prozess um Schimmel im Keller womöglich keinen Menschen erregen. Es geht dann um einen Kostenpunkt, der die Bilanzen der beiden Beteiligten um einen minimalen Promillesatz der Umsätze und Gewinne verändert. Die beteiligten Rechtssubjekte sind einer so erzählten Geschichte sich nicht einig über das, was geschehen soll, ohne dass bei dieser Meinungsverschiedenheit gleich das affektgeladene Wort Konflikt am Platze ist.

Zu erinnern ist auch an die Normmassen, die in Gestaltungen einbezogen werden können. Wenn ein Mann beim Notar eine Ein-Mann-GmbH gründet, dann nutzt er erstens Notarrecht und zweitens das GmbH-Recht. Vielleicht steuert er damit eine Situation, die umgangssprachlich Konflikt genannt werden könnte, und die sich Jahre später ereignen mag: Wenn die Gläubiger dieser GmbH im Vertrauen auf die Seriösität ihres Gründers viel Geld geliefert haben und dann im Konkursfalle erfahren müssen, dass die Gesellschaft beschränkt haftet und der Gesellschafter überhaupt nicht.

Das materielle Recht der Bundesrepublik Deutschland bindet den Bürger in ganz verschiedener Weise ein. Wer vor dem Standesamt heiratet, der kann in 99 von 100 Fällen im weiteren Geschäfte zur Erfüllung des täglichen Bedarfs mit Wirkung für seinen Ehepartner abschließen, weil § 1357 BGB für ihn gilt. Weiterhin gilt, dass die durch Behördenhandeln zustande gekommene Institution Ehe nur durch einen Antrag bei Gericht und ein Urteil beseitigt werden kann. Ist auch der Eheschluss schon Rechtsgebrauch, weil im Rechtsstaat die Beamten an Recht gebunden sind, oder können wir Rechtsgebrauch dadurch definieren, dass die legal zustande gekommene Ehe nur durch Richterspruch beendet werden kann? Wenn man voreilig das letztere sagen wollte, dann könnte man übersehen, dass immer noch die Mehrzahl der Ehen völlig ohne Rechtsgebrauch durch das Naturereignis Tod enden.

Auf andere Weise hat das Deutsche Recht die Frage des Rechtsgebrauchs bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen verkompliziert. Kündigungsschutzverfahren finden in zahlenmäßig großem Umfange statt, aber alle Beteiligten wissen, dass typischerweise nicht der Arbeitsplatz erhalten wird, wie man das bei Besichtigung der normativen Ausgangslage denken könnte. Erfolgreich hat derjenige Arbeitnehmer das Justizsystem für seine Zwecke eingesetzt, der einen günstigen Abfindungsvergleich erreicht. Für die Abfindungssumme gibt das materielle Arbeitsrecht keine Regeln vor. Das unterscheidet solche Vergleiche wiederum von den sehr häufigen Vergleichen in Unterhaltsverfahren. Dort steuert der Richter den Vergleich, der viele Details und zum Teil Unwägbarkeiten einer pauschalen Lösung zuführt, sehr zielstrebig an und die beteiligten Vertragsschließenden verhandeln „im Schatten des Rechts"; das soll heißen, dass der Richter sie zu einem Vergleich mit dem Argument drängt, das Urteil falle ohne ihren Vergleich teurer und verzögerlicher und am Ende sowieso dann so aus, wie man sich jetzt vergleichen könne. Das klassische Feld solcher Vergleich ist das Unterhaltsrecht.

Besondere Aufmerksamkeit verdient wegen seiner hohen Praktikabilität das Instrument des Mahnbescheids. Der Empfänger dieses Mahnbescheides setzt sich durch Nichtstun der Folge aus, dass der Gerichtsvollzieher den Inhalt des Mahnbescheids mit staatlichem Gewaltmonopol durchsetzt. Die Kontrolle, dass der Gewalteinsatz auch in Übereinstimmung mit der wahren Rechtslage ist, ist kompliziert geregelt und im Ergebnis sehr schwach. Gedroht wird eigentlich durch den Mahnbescheid nicht mit Recht, sondern nur noch mit dem Teilaspekt Gewalt des Normenvollzugs. Allerdings steht der Verdacht im Raum, dass ein Teil derjenigen, die mit einem Mahnbescheid behelligt werden, einfach die Einspruchsfristen nicht wahrnimmt und – inhaltlich zu Unrecht – zu einer Zahlung gezwungen wird. Wer hierauf bezogen von Mobilisierung oder Gebrauch von Recht sprechen will, der muss gebührend sorgfältig formulieren. Gebraucht wird eine prozessuale institutionelle Vorkehrung, ein zur Verfügung gestellter Apparat, und nur insofern wird Recht gebraucht.

Ganz anders ist die Situation zwischen dem Verwender von allgemeinen Geschäftsbedingungen und einem Verbraucherschutzverband. Dem Verband wird durch das Unterlassungsklagengesetz die praktisch relevante Möglichkeit eingeräumt, neue bessere Allgemeine Geschäftsbedingungen zu erzwingen. Auch hier passt die Rede vom Konflikt überhaupt nicht. Darüber hinaus zeigt das Beispiel, dass man sich mit der stillschweigenden Voraussetzung vorsehen muss, Recht diene der Interessendurchsetzung. Im genannten Falle agiert der Verbraucherschutzverband stellvertretend für viele, unbekannte, zukünftige Verbraucher, die diesem Verband nie angehören werden. Die eigenen Interessen der Verbandsgeschäftsführer und der Verbandsmitglieder sollen nach der normativen Ausgangslage gerade keine Rolle spielen.

Ein eigenes Feld ist der Gebrauch von Recht auf dem strafrechtlichen Sektor. Wer bewirkt was mit welchen Anzeigen oder Nebenklagen und wie selektieren Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte? Solche Fragen bleiben der Kriminologie überlassen.

Vergleiche nationaler Schlüsseldaten

Wenn man nach den Steuerungsgrößen für den Gebrauch oder Nichtgebrauch von Recht sucht, dann empfiehlt es sich, einige Informationsblöcke einzuschieben. Ein durch statistische Jahrbücher einigermaßen zugänglicher Bereich sind die Ziffern für Zivilverfahren pro Jahr pro Million Einwohner eines Landes.

Die Probleme lassen sich an den Ziffern für 1984 zeigen, die Blankenburg in die einschlägigste Veröffentlichung von 1995 als aussagekräftig übernommen haben *(Christian Wollschläger in: Blankenburg, Prozessflut? Köln 1989, zitiert nach Erhard Blankenburg, Mobilisierung des Rechts – Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin u. a. 1995, S. 97).* Verglichen worden sind Länder mit vergleichbaren kulturellen Gegebenheiten *(damit fällt z. B. der Bericht von Gessner über Mexiko heraus, vgl. Volkmar Gessner, Recht und Konflikt, Tübingen 1976).* Blankenburg hat sich bemüht, die Zivilverfahren herauszustellen, die Prozesse im umgangssprachlichen Sinne sind, also unter Außerachtlassung der formularmäßigen Abwicklung von Mahnbescheiden. Es ergibt sich:

In Österreich 50.200 streitige Zivilverfahren mit 4.300 Berufungen;
Belgien 48.000 Zivilverfahren (hier incl. Schuldbeitreibung) mit 5.360 Berufungen;
Bundesrepublik Deutschland 35.610 streitige Zivilverfahren mit 2.510 Berufungen.
Dahingegen zeigen sich in Frankreich und Italien ganz andere Ziffern:
Frankreich 19.500 streitige Zivilverfahren mit 2.500 Berufungen;
Italien 16.400 streitige Zivilverfahren mit 1.450 Berufungen.
Nochmals zeigen sich ganz andere Ziffern für
Dänemark 48.000 Zivilverfahren incl. Schuldbeitreibungen, aber 640 Berufungen;
Niederlande 14.300 streitige Zivilverfahren mit 370 Berufungen;
Japan (sogar incl. summarischer Familienverfahren, 5.000 Zivilverfahren mit 150 Berufungen.

Die Ziffern zeigen große Unterschiede. Wie ist zu erklären, dass die Österreicher rund drei mal so viele Prozesse anfangen wie die Niederländer und dass sie dann auch noch ganz überproportional häufig im Vergleich zu den Niederländern in eine zweite Instanz eintreten? Von der Beantwortung dieser Fragen hängt schließlich ab, mit welchen Steuerungsversuchen man jeweilige politische Ziele in diesem Bereich zu erreichen versuchen könnte.

An dieser Stelle kann man wissenschaftlich derzeit nur eine gewisse Systematisierung von Fragestellungen und Erklärungsebenen versuchen.

Eine erste Erklärungsebene wäre die Existenz von konkurrierenden anderen Normensystemen, die für Österreich, Dänemark und Japan sehr unterschiedlich wären. Nur als Überlegung: Es könnte sein, dass die geringe Häufigkeit von Prozessen in Japan Teil der tradierten Kultur sind. Man erinnert hier gern an das formale Harmoniebedürfnis der Ostasiaten allgemein und namentlich der Japaner, und an die Wichtigkeit, nicht sein Gesicht zu verlieren, in diesen Kulturen. Der Spruch eines außenstehenden Richters könnte ein Gesichtsverlust sein. Auf der selben Ebene der allgemeinen Kultur läge es, wenn man den Dänen nachsagt, als Schuldner und als verpflichteter Handwerker im Geiste der protestantischen Ethik sehr viel zuverlässiger Pflichten aller Art zu erfüllen als dies in Italien der Fall ist. Man könnte sich vorstellen, dass ein dänischer Bauunternehmer im o. g. Beispiel sehr viel eher nach der Devise handelt: Ich lasse mir doch nicht nachsagen, ich hätte Pfusch geliefert; da grabe ich lieber alle Fundamente auf und sichere ab, dass meine Handwerkerehre nicht durch Berichte über diesen Fall in meiner Kleinstadt und in meiner Kirchengemeinde beschmutzt wird. Zu solchen Erklärungsmodellen ist zu bedenken, dass der Unterschied zwischen Japan und europäischen Nationen wohl als groß eingeschätzt werden kann, aber dass die Differenzen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich, zwischen Österreich und den Niederlanden so nicht plausibel erklärt werden können.

Die zweite Ebene wäre die Ebene der materiellen Berechtigung. Plausibel ist, dass dort, wo mehr Pfusch am Bau geleistet wird, anschließend mehr prozessiert wird. Dazu ist zu bemerken: Das Ausmaß der Unterschiede spricht gegen eine hohe Erklärungskraft dieses Datums. Auch wenn Österreich und Italien im aufgeführten Jahr noch nicht in einem fortgeschrittenen gemeinsamen europäischen Markt waren, dann war jedenfalls nicht die italienische Bauwirtschaft oder die sonstige italienische Schuldnerschaft europaweit berühmt für Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit. Außerdem gilt für die Suche in ausser-justiellen Gegebenheiten selbstverständlich, dass sie die unterschiedliche Häufigkeit von Instanzenbeanspruchungen nicht erklären kann. Insoweit wäre der

gesamtgesellschaftliche Ansatz interessanter. Es leuchtet ein, dass in einem Land mit ganz starkem tradierten Harmoniebedürfnis es ein stark abweichendes Verhalten darstellt, wenn man sogar noch über zwei Instanzen prozessiert.

Als Ursachen kommen auch Gegebenheiten der Justiz in Frage. Wie einfach ist es, Klage zu erheben (kann das privatschriftlich geschehen oder nur vermittelt über einen Anwalt, wie hoch sind die Anforderungen an die Beachtung anderer Formalien wie z. B. Antragstellung etc.? Welche Beratungssysteme arbeiten im Vorfeld? Auf dieser Ebene ist auch zu fragen nach den klassischen Themen des Stichwortes „Klassenjustiz“. Wird der Angehörige der breiten Unterschicht durch drohende hohe Kosten und vielleicht sogar ganz plump durch Prozesskostenvorschüsse abgehalten, einen Prozess anzufangen?

Wichtig ist nun, dass man sich die politische Ambivalenz der Steuerungsgrößen klar macht. Die Frage, ob Österreich oder Italien vorbildlich sind, ist offen zu diskutieren. Auf der Gesprächsebene hört man oft, dass die Italiener ihrer Justiz mit einer gewissen Verzweiflung gedenken, während die Österreicher ihre Justiz als positiven Teil der gesamten gesellschaftlichen Verhältnisse begreifen. Erst recht gilt beim Vergleich von Österreich und Japan, dass die Frage als offene diskutiert werden muss: Wäre es überhaupt wünschenswert, dass wir als Mitglieder einer Gesellschaft einander mit maskenhafter Freundlichkeit behandelten und aller Erfahrung von Unrecht, Enttäuschung und Wut ohne einen szenischen Ort des Auslebens blieben? Nach aller Alltagspsychologie Westeuropas weiß man, dass jedenfalls in der hiesigen kulturellen Tradition gesprochen wird vom „ungesunden Herunterschlucken“ von Unrechtserfahrung, Ärger, Wut und Enttäuschung, und dass wir als Mitglieder unserer Gesellschaft solche hässlichen Schicksale für uns nicht für wünschbar halten.

Allerdings muss man auch bedenken, dass die innerjustiellen Gegebenheiten noch im Sinne einer Eigendynamik als Ursache relevant sein können. Angebote verführen zur Annahme. Der Mechanismus sei in einem Vergleich klargemacht:

> *Vor 40 Jahren gab es an der Stadteinfahrt nach Heidelberg aus dem Neckartal regelmäßig Staus. Man wollte dem abhelfen, in dem man die Straße wesentlich verbreiterte und besser ausbaute. Es gab danach immer weiter dieselben Staus – weil viel Menschen wegen der besseren Straßenverbindung sich von den öffentlichen Verkehrsmitteln abwandten oder massenhaft in die Dörfer zogen, die jetzt durch die gute Straße angeschlossen war.*

Es könnte also sein, dass die schnelle und häufige Inanspruchnahme der Justiz auch von folgendem beeinflusst wird: Die Alternative der hartnäckigen Verhandlung von Konfliktfällen und der Entfaltung von sozialem Druck wird nicht ausgereizt, sondern es wird recht flott der staatlich subventionierte Dienstleister Justiz in Bewegung gesetzt.

Graduelle Aussagen zum Gebrauch von Recht

Wenn man nicht sicher sagen kann, ob eine – wie auch immer – idealisierte Form von Rechtstaat durch ein hier und heute gegebenes Gesetzes- und Justizsystem realisiert wird, dann bleibt jedenfalls für die Verständigung über politische Zielsetzung und deren Verfolgung die Frage nach Mehr-Minder-Beziehungen zurück. Was nützt dem bisher Schutzlosen die Einräumung von Rechtspositionen? Der Extrempunkt in dieser Frage ist die Stellung minderjähriger Kinder in ihren Familien, wenn sie mit Ohrfeigen oder anderen körperlichen Züchtigungen dieser Rangordnung traktiert werden. Die Zuspitzung der Fragestellung ist notwendig, weil in jeder modernen Gesellschaft die schwereren Formen der Verletzung von Kindern schon um der sozialrechtlichen Folgen willen sanktioniert werden müssen. Die Gesellschaft schützt sich in diesem Falle selbst und im Reflex das Kind. Erst recht gilt diese Beobachtung für die Kindestötung, die natürlich mit demselben Aufwand verfolgt werden muss, wie die Tötung jedes anderen Mitglieds der Gesellschaft. (Der frühere Spezialtatbestand für die Tötung eines unehelichen Kindes, § 217 StGB a. Fg. ist vor langem abgeschafft worden.) Drücker und Frehsee haben die Frage untersucht *(Thomas Drücker/Detlev Frehsee, Jugendliche als Rechtssubjekte. Die Bedeutung und der Gebrauch von Recht im Kontext innerfamiliärer Gewalt, in: Hof/Lübbe-Wolff, Wirkungsforschung I,).* Das Ergebnis der Befragungen und ihrer Auswertung zeigt, wie schwierig es ist, zwischen Rechtsfragen und Machtfragen zu unterscheiden. Jugendliche versichern sich zuerst einer externen Unterstützung im näheren Umfeld und bei den Peers. Es ist also nicht so, dass man einem Individuum nur Rechte einzuräumen braucht, damit er dann die Macht hat, in seiner sozialen Umgebung zu wirken. Wenn er vorgängig eingebunden ist in eine Machtstruktur, die ihn einige Handlungsfreiheit verspricht, dann kommt das Recht unter den Möglichkeiten vor, die er einsetzen kann. Allerdings bleibt immer noch eine Relation zu beachten: Wenn Recht sowieso Gegenstand allgemeiner Kommunikation ist, dann wird sich im Zusammenspiel von vorgängiger realer

Handlungsmöglichkeit und rechtlichen Instrumenten eher ereignen, dass Recht relevant wird und gebraucht wird.

Gegenstand politischer Debatten waren diese Beziehungen übrigens auch bei der Einführung des Prostitutionsgesetzes. Obwohl alle wissen, dass die Einräumung eines schuldrechtlichen Anspruchs die realen Verhältnisse in der Prostitutionsszene kaum erreichen, kann man mit Fug und Recht sagen, dass auch dieses „kaum“ an Wirkung nicht versäumt werden darf. Das ändert natürlich nichts daran, dass die vorrangige Wirkung einer solchen Zuerkennung von Rechten, die es bisher nicht gegeben hat, in Lernprozessen bei Menschen liegt, die weder als Anbieter noch als Konsumenten auf dem Markt für sexuelle Dienstleistungen agieren.

Der manipulative Gebrauch von Recht

Die moderneren Gesetzgebungen haben einen außerordentlichen Komplikationsgrad und daher verwundert nicht, dass die Instrumentalisierung bis hin zu perversen Wirkungen geführt werden kann. Sie seien hier besonders erwähnt, weil ihre Häufigkeit und Wichtigkeit ein Argument dafür bildet, Abschied zu nehmen von der üblichen Vorstellung, eine Norm wirke durch Befolgung. Was alles herauskommen kann, wenn es eine Norm gibt, das muss man im Einzelfalle sehen. Solch ein Einzelfall ist die berühmte GmbH & Co. KG.

> *Eine Personengesellschaft führt nicht zur Haftungsbeschränkung, sondern zur persönlichen Haftung der Gesellschafter – sollte man nach Vorstellung eines dogmatischen Rechtssystems denken. In Deutschland gilt das so seit bald einem Jahrhundert nicht mehr. Eine große Zahl von Unternehmungen wird als Personengesellschaft (KG) geführt, wobei der haftende Gesellschafter als GmbH beschränkt haftet. Am Rande sei vermerkt, dass man eine solche Gesellschaft nur noch weiter nach der Art einer Bakterienkolonie wuchern lassen kann, denn nichts hindert, dass eine GmbH als persönliche Gesellschafterin der KG ihrerseits aus zwei GmbHs bestehen usw.*

Ähnlich lässt sich interpretieren die Entwicklung der Ein-Mann-GmbH. Eine Ein-Mann-Gesellschaft ist eigentlich ein Widerspruch in sich und man könnte daran denken, solche Gebilde als unlogisch aus der von Logik beherrschten Dogmatik zu verweisen. Man kann aber auch sie als Fortschritt feiern, weil sich in solchen „unlogischen“ Gebilden die Bedürfnisse der Praxis artikulierten, die ein kluger Gesetzgeber aufnehmen müsse in gute neue Gesetze. Der massenhafte perverse Gebrauch von Rechtsinstrumenten führt nicht zur Durchsetzung des alten Rechtes, sondern er schafft im Zusammenspiel der Institutionen neues Recht.
Das genau war die Lehre der Konventionalscheidung.

> *Vor der Scheidungsrechtsreform von 1976 war die Konventionalscheidung nach Expertenschätzung der wirkliche Scheidungsprozess für 90 % der Scheidungen. Im Vorfeld des gerichtlichen Agierens machten die Anwälte und Ehepartner aus, was das Ergebnis des Scheidungsprozesses sein sollte. Die mündliche Verhandlung war ein Theater, das der Richter mitspielen musste. Wohlwissend, dass er in Wahrheit die ganzen vergangenen Schwierigkeiten des Zerfallsprozesses einer Ehe nicht aufarbeiten konnte, ließ sich der Richter darauf ein, standardisierte Verschuldensgründe abzufragen. Welche das waren, unterschied sich von Richter zu Richter, und die Anwälte hatten es vorher in Erfahrung zu bringen. Für einzelne Richter reichte es, dass ein Ehegatte vortrug, der andere habe ihn – je nach Geschlecht – „dumme Kuh“ oder „blöder Affe“ genannt. Andere Richter, die höhere Anforderungen an die Darlegung von Eheverfehlungen stellten, ließen sich sogar ein Foto der neuen Partnerin des Ehemannes zeigen; dabei soll es üblich gewesen sein, dass die Anwälte für diesen Zweck die Brieftasche zückten und das Foto ihrer eigenen Ehefrau vorzeigten.*

Das Ergebnis ist bekannt: Die höchst individuellen Verhaltensweisen der einzelnen scheidungswilligen Ehepartner zwangen durch ihre Massenhaftigkeit den Gesetzgeber dazu, dass Verschuldensscheidungsrecht wesentlich zu Gunsten eines Zerrüttungsscheidungsrechtes zu ändern. Die falsche Behauptung, der eine Ehepartner habe in ehewidriger Weise mit einem neuen Partner intime Beziehungen begonnen (aus bestimmten Gründen dürfte das übrigens nicht Ehebruch sein und heißen), war kein Prozessbetrug, denn es wurde niemand getäuscht.

Es seien noch zwei weitere Beispiele genannt, die sicherlich um viele vermehrbar wären, um zu zeigen, dass es sich nicht um einzelne anekdotenhaften Besonderheiten handelt und auch nicht um eine Spezialität bestimmter gesellschaftlicher Kontexte.

> *§ 1357 BGB, der mehrfach modernisierte Schlüsselgewalt-Paragraph, hat heute nur noch Gläubigerschutzfunktion. Auch wenn man mit der herrschenden Meinung sagt, der*

Gläubigerschutz sei ein Teil der Funktionen, dann bleibt trotzdem folgendes bemerkenswert: In Absatz 3 sieht dieser Paragraph vor, dass die Ehegatten für den jeweils anderen Ehegatten die Wirkung der gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung ausschließen können. Wenn der so behandelte Ehegatte das nicht hinnehmen will, dann kann er die Maßnahme aufheben lassen, sofern es nicht nachvollziehbare Gründe dafür gibt. Hier wird der Schutz des Ehegatten der wohl „aus Versehen" einen verschwenderischen Partner geheiratet hat, höher bewertet als der Schutz der Gläubiger, die sich mit der Verschwenderin oder dem Verschwender in Geschäfte einlassen. Die Folge ist nun, dass jedenfalls in der Großstadt Hamburg es Ehepaare gibt, die noch bei der Heirat wechselseitig die Schlüsselgewalt ausschließen lassen und dies mit der offenbar vorher vereinbaren Folge, dass die Ausschluss Bestand hat, weil er nicht vom Betroffenen angegriffen wird. Damit ist der Gläubigerschutz auf Dauer und gründlich beseitigt und dies, obwohl Gläubigerschutz wie alle Schutzgesetzgebung eigentlich unabdingbar sein soll.

Ein wirtschaftsrechtliches Beispiel:

Wenn ein Ölkonzern, sagen wir Shell, erreichen will, dass auf einem bestimmten Grundstück auf Dauer und mit Sicherheit nur eine Shelltankstelle errichtet werden kann, dann kann man gegen eine vereinbarte Zahlung an den Eigentümer ein Servitut eintragen lassen. Nach herrschender Dogmatik kann aber im Grundstück nicht stehen, dass nur Shell-Benzin auf diesem Grundstück verkauft werden darf. Also erhält die Shell AG das Recht, jegliches Benzin-Verbot auf dem Grundstück zu verbieten – und in der Folgezeit realisiert sie dieses Verbot gegenüber allen anderen Benzinverkäufern mit einer einzigen Ausnahme: Der Verkauf von Shell-Benzin findet die Zustimmung der Shell AG.

Was lehrt uns das? Das Verhältnis Norm/Bürger ist in keiner Richtung eindeutig. Normen beeinflussen Bürger in vielerlei Weisen, und Bürger machen von Normen in vielerlei Weisen Gebrauch. Das gilt übrigens nicht nur für das materielle Recht, sondern auch für das Prozessrecht, wie der Vergleich von üblicher Prozessführung und Musterprozess zeigen könnte.

Der Gebrauch des Bürgers durch das Recht

Zur Abrundung kann man an dieser Stelle hinweisen auf die direkte Verweisung des Rechtes auf soziale Verhaltensnormen, nämlich die Verkehrssitte oder gute Sitten. Die Verkehrssitte war von den Vätern des BGB an sehr vielen Stellen vorgesehen als Entlastung des Gesetzgebers von der kodifikatorischen Obliegenheit, alle Ausdifferenzierungen aller Normen in Worte zu fassen. Zugleich eignet einem Tatbestandsmerkmal wie Verkehrssitte, dass eine gesellschaftliche Weiterentwicklung dynamisch in eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung umgeformt werden kann. Leider zeigt ein Blick in die Praxis *(Peter Oestmann, Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung KritV S. 409-437),* dass dieses Tatbestandsmerkmal in der deutschen Jurisprudenz wenig wahrgenommen wird. Die deutschen Richter ziehen die Begründungen ihrer Ergebnisse aus der Textinterpretation der Gesetze vor. Wenn ihnen dabei ein Fehler unterläuft, so sagt ihnen dies nur in kollegialer Kommunikation das nächste Instanzgericht; unterliefe ihnen bei der Einschätzung der Verkehrssitten ein Fehler, dann könnten Journalisten in der Tagespresse die Weltfremdheit der Richter eingreifen.

Ähnlich sollte nach dem Konzept der Väter des BGB die dynamische Verweisung auf moralische Regeln in § 138 Abs. 1 BGB funktionieren. Hier wird eine Doppeldeutigkeit stärker relevant, die auch im Falle des Tatbestandsmerkmales Verkehrssitte angelegt war. Mit der Verweisung auf die guten Sitten ist nicht nur ein mit den Mitteln der Demoskopie erfahrbares Faktum zum Tatbestandsmerkmal erhoben, sondern die guten Sitten sind Ergebnis von innergesellschaftlichen und häufig sehr bewussten Entscheidungsprozessen. Je nach dem Prozentsatz der gläubigen Christen werden die 10 Gebote mehr oder minder militant als Inhalt der guten Sitten behauptet werden von eben jenen Christen. Dagegen steht atheistische Aufklärung, vertreten durch Kollektive von Bürgern. Auch diese Basisproblematik wird bekanntlich in der Rechtsprechung sehr ernst genommen, sondern die guten Sitten sind immer dann, wenn es höchst problematisch wird, richterrechtliche Setzungen.

Das Gewohnheitsrecht wäre in dieser Aufzählung als eine weitere Stufe zu nennen. Gewohnheitsrecht entlastet den parlamentarischen Gesetzgeber von der Obliegenheit, mit seinen Rechtssetzungsverfahren noch die hintersten Winkel der Gesellschaft auszuleuchten. Nimmt man es ernst, dann muss der Richter im Einzelfall die Norm mit den Mitteln der Demoskopie in Erfahrung bringen. Nimmt man es so ernst, wie das derzeit in der Bundesrepublik üblich ist, dann ist Gewohnheitsrecht ein hier und da in Anspruch genommener Topos, und die spannende Frage der wirklichen Rechtsüberzeugungen der Bürger wird nicht ernstlich verfolgt. Beispiele dafür bilden das Recht der Totenfürsorge und die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Das Recht

der Totenfürsorge wird als Gewohnheitsrecht behauptet, aber in den einschlägigen Gerichtsentscheidungen dann ziemlich unentwirrbar vermischt mit Normen, deren wichtigste, sogar aus der nationalsozialistischen Zeit stammen. Jedenfalls wird nirgendwo trennscharf untersucht, wie die Hierarchie der Berechtigung im deutschen Volke gesehen wird. Normativ ist dies schade, denn Gewohnheitsrecht ist in der Demokratie die direkteste Form der Rechtsetzung durch das Volk, völlig ohne die vermittelnden oder verwässernden Einflüsse der Repräsentanten. Hinzu gefügt sei, dass das Recht der Totenfürsorge in den gar nicht so seltenen Streitfällen für die Beteiligten Menschen außerordentlich bittere Streitigkeiten mit sich bringt. Schon deshalb besteht normativ aller Anlass, mit den Mitteln der Realitätserforschung Klarheit über die Gewohnheiten herzustellen, die Recht sind. Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben gibt es ein starkes Indiz dafür, dass man das Institut des Gewohnheitsrechtes im Kern genauso wenig ernst nimmt. Die Gewohnheiten, die hier Recht sind, bestehen offenbar nur in Deutschland, während jenseits des Inns, in Österreich, die kaufmännischen Gewohnheiten und Bewusstseinsinhalte offenbar sein müssen. Dass dies nicht plausibel ist, hindert die Rechtsprechung nichts daran, dass selbst gesetzte Richterrecht mit dem Etikett „Gewohnheitsrecht" zu versehen.

Recht als Blackbox und Versicherung als Risikovermeidung

Rechtsgebrauch ist ein Versuch, etwas zu erreichen und mithin ein Handeln unter Risiko. Ob man risikoreich handeln will, ist eine persönliche Entscheidung. Dementsprechend stellt sich die Frage, wie derjenige, der nicht unter Risiko handeln möchte, Alternativstrategien nutzen kann.

Dafür steht zuerst einmal die Fülle der materiellrechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung. Ganz banal muss daran erinnern, dass derjenige, der völlig alkoholabstinent lebt, sich selten vor einem Strafgericht wegen Alkohol am Steuer zu verantworten hat und das Risiko einer Verurteilung trägt. Hier wird die materielle Mechanik der üblichen Beweisführungen wirksam, die steuerbar sind, in dem man keinen Alkohol trinkt. Ein anderes nicht ganz so banales Beispiel ist der Verkauf risikoreicher Forderungen. Der spezielle Markt für solche Forderungen wächst und die einschlägigen Unternehmungen kaufen Forderungen zu Preisen, die sich an geschätzten Wahrscheinlichkeiten der Uneinbringlichkeit orientieren. Über die Gesamtheit der so gekauften Forderungen hinweg muss sich nicht nur eine Deckung der gezahlten Preise, sondern auch noch ein betriebswirtschaftlicher Gewinn für sie ergeben. Der verkaufende Gläubiger kauft sich durch den Abschlag vom Risiko frei evtl. gar nichts zu bekommen. Forderungskäufer kollektivieren also das Risiko von Uneinbringlichkeit von Forderungen und funktionieren insofern versicherungsähnlich.

Auch durch die Versicherung wird das Alles-oder-nichts-Risiko betriebswirtschaftlich in einen festen Wert verwandelt, der allerdings noch weiter über die Jahre in Gestalt von Prämien mediatisiert wird.

> *Eine Versicherung ist die Verwandlung unsicherer zukünftiger Ausgaben in feste Kosten. Man muss diesen Satz an den Anfang von Überlegungen zu jeder Versicherung stellen, weil in Deutschland über Versicherungen manchmal so geredet wird, als könne man durch Versicherungen Kosten vermeiden. Letztlich zahlt der Versicherte immer selbst, nämlich einmal seinen Anteil an den gesamten versicherten Gegenstand und die Kosten der bürokratischen Abwicklung von Versicherungsfällen und schließlich den Gewinn des Versicherungsunternehmens. Gegenzurechnen sind Renditen aus Vermögen und Regresse. Das Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis ist also nicht leicht überschaubar.*

Rechtsschutzversicherung ist der Versuch, Recht als black box zu behandeln. Der Bürger, der objektiv im Recht ist, und der Bürger, der objektiv nicht im Recht ist, können beide – bezogen auf den einzelnen Prozess - risikofrei prozessieren.

Schaut man in die Literatur zu Rechtsschutzversicherungen, dann erkennt man solche Überlegungen in keiner Weise wieder. In dieser Literatur geht es allein um die Fragestellung, ob die Zahl von Prozessen durch Rechtsschutzversicherungen vergrößert wird. Das ist eine an Richterstammtischen besonders verbreitete Alltagstheorie. Wie jede Alltagstheorie hat sie eine gewisse Plausibilität und man kann Einzelbeispiele vorführen. Der Bürger, der eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat und schon eine Weile Prämien gezahlt hat, wird sich eher dazu entschließen, in einem sozialen Konfliktfall endlich einmal seine bis dahin nutzlose Versicherung einzuschalten.

Um die Schärfe der Diskussion zu verstehen muss man einen Vergleich mit einer Diebstahlversicherung ziehen. Wenn jemand regelmäßig Prämien zahlt um nach einen Einbruch in seine Wohnung von der Versicherung der Schaden ersetzt zu bekommen, dann wird er nicht wegen des Abschlusses der Versicherung dazu tendieren, Einbrecher einzuladen, häufiger seine Wohnung aufzusuchen. Der Einbruch ist außerdem in aller Regel ein sehr klar erkennbares Ereignis. Der Rechtsschutzversicherte hat es sehr viel stärker in der Hand, einen sozialen Konfliktfall als Schadens-

und damit als Versicherungsfall aufzufassen und es ist viel unklarer, in welchem Umfange er die Randbedingungen selber gesetzt hat, unter denen die Versicherungsleistung von ihm eingefordert wird.

Die einschlägige rechtssoziologische Empirie kommt zu dem Ergebnis, dass die Zahl von Zivilprozessen durch Rechtsschutzversicherungen vergrößert wird, aber die Mehrbelastung der Zivilgerichte bewegt sich in der Größenordnung von 4 bis 8 % *(Wolfgang Jagodzinski, Thomas Raiser, Jürgen Riehl, NJW 1993, 2775)*. Bedenkt man, dass in der Erhöhung von Prozesszahlen sowohl materiell unberechtigte Inanspruchnahme des Justizsystems stecken können, wie auch die Durchsetzung von bestehenden Rechtspositionen, die sonst von den berechtigten Bürgern nicht durchgesetzt würden, dann ist die Rechtsschutzversicherung jedenfalls nicht das Grundübel der deutschen Justiz, als das sie manchmal dargestellt wird. Auch auf den Sektoren Arbeitsrecht *((Wolfgang Jagodzinski, Thomas Raiser, Jürgen Riehl a.a.O. S. 2775)* und auf dem Sektor des Verkehrsstrafrechtes ergeben sich einzelne Ziffernabweichungen, die aber jedenfalls nicht die Schuldzuschreibung rechtfertigten, die Rechtsschutzversicherungen belasteten die Justiz so sehr, dass die Prozesse lang und teuer würden.

Einschätzen könnte man die Rechtsschutzversicherungen also erst dann, wenn man wüsste, wie viele Bürger bestehende Rechtspositionen aus antizipierter Frustration über die schlechte und teure Justiz verfallen lassen, und in wie viel Fällen die Rechtsschutzversicherung dieses vermeidet.

Kap. 15

Wissen und Meinungen über Recht

Demokratie als juristisches Bezugsproblem.

In einem sehr groben Entwurf ist Demokratie die Herrschaft der Bürger über sich selbst. Das Parlament beschließt Gesetze, die dann für die Bürger und u. a. die Parlamentarier selbst verbindliche und sanktionierte Verhaltensregelungen vorsehen. Wenn der Bürger – nach diesem groben Entwurf – alle 4 Jahre darüber entscheidet, wer im weiteren Verlauf der Geschichte die weiteren Gesetze machen soll, dann muss er wissen, was in der Vergangenheit von den jeweiligen Parlamentsmehrheiten entschieden worden ist. Ein zweiter Teil derselben Anforderung lauten, der Bürger müsse auch eine Meinung zu jenen Gesetzen haben, auf deren Abschaffung, Neuformulierung oder Bestand eher alleine entscheidenden Einfluss ausübe. Nun ist klar, dass in diesem Entwurf von Demokratie z. B. jedes partizipatorische Moment fehlt. Es wird auch nicht differenziert nach Spezialistenmaterien und besonderen Betroffenheiten. Trotzdem kann man sagen, dass die Frage nach der Kenntnis und den Meinungen des Bürgers über das Recht in seiner Gesellschaft eine wichtige Frage ist.

Manchmal wird ein zweites juristisches Bezugsproblem für die Frage nach Kenntnis und Meinung von Bürgern benannt. Der Kern dieser Überlegung lässt sich genauso grob sagen: Um sich an Gesetze zu halten, muss man wissen, was Gesetz ist. Nimmt man diese Blickrichtung ein, dann erscheint die Meinung des Bürgers über das Gesetz, an das er sich halten soll, als ein Element, das die Chance hebt oder senkt, dass der Bürger rechtstreu handelt. Wer ein Gesetz für richtig hält, wird es häufiger einhalten, als derjenige, der es nicht für richtig hält. Auch hier sieht man sofort, dass es sich um eine sehr grobe Problembeschreibung handelt. Jeder weiß, dass die Meinung, ein Gesetz bestehe zu recht, noch kein Wohlverhalten des Bürgers garantiert. Umgekehrt gilt auch, dass sich die Bürger in großem Umfang an Gesetze halten, die sie nicht für gut und richtig befinden, oder zu denen sie in Wissen und Meinen kein Verhältnis haben.

Der soziologische Anknüpfungspunkt: Der Fragebogen

Von den professionell arbeitenden Soziologen verdient ein nicht unbeträchtlicher Teil seinen Lebensunterhalt mit der Demoskopie. Überall auf der Welt werden mit Fragebogen statistische Wahrheiten erforscht. Wie viel Prozent der Menschen essen Bandnudeln lieber als Hörnchennudeln, wie viel Prozent der Menschen sehen in der PDS eine akzeptable Variante der CSU. So oder so ähnlich lauten Fragen, wie sie jahr-ein-jahr-aus gestellt werden und als ernst zu nehmender Bestandteil unserer Lebenswelt fungieren. Deshalb darf nicht verwundern, dass es diesen Typ von Erforschung der Realität auch bezogen auf Wissen und Meinungen der Bürger über Recht und Gesetz gibt.

Einige Beispiel von Umfrageergebnissen und die Probleme der Meinungsforschung.

Wer das Thema und Meinungen über Recht erörtern möchte, muss also immer Aufmerksamkeit für zwei Bezugsprobleme haben. Auf der einen Seite wird man bei dem groben Bild der Demokratie, das oben gezeichnet wurde, nicht stehen bleiben können. Auf der anderen Seite fragt sich, ob eine Wirklichkeitserforschungstechnik die für Konsum und Dienstleistungszufriedenheit erfunden worden ist, sinnvolles zu Recht sagen kann. Deshalb empfiehlt es sich, ein Beispiel aus der Literatur etwas näher zu referieren.

1988 hat Noelle-Neumann *(Elisabeth Noelle-Neumann, in: Klaus Weigelt, Hrsg.: Freiheit – Recht – Moral, Bonn 1988, S. 44 ff.)* das Rechtsbewusstsein aus der Sicht der Sozialforschung behandelt. Der Name Noelle-Neumann bürgt nun dafür, dass die soziologische Methode der Fragebogen und der Interviews nach den Regeln der Zunft Anwendung gefunden hat. Dafür spricht auch, dass jeweils im Text Erwähnung findet, wann das einzelne Datum, das präsentiert wird, erhoben worden ist. Damit ist bereits der häufigste Fehler der Wiedergabe von Befragungsergebnissen vermieden worden. Nun das Beispiel bei Noelle-Neumann *(Noelle-Neumann a.a.O. S. 47):*
Ein Bevölkerungsquerschnitt wurde im Februar 1988 gefragt:

> *„Eine Frage zum Gewaltmonopol des Staates: Sind sie eigentlich grundsätzlich für oder gegen das Gewaltmonopol des Staates?“ Die Bevölkerung ab 16 Jahren antwortet zu 46 % „dafür“, zu 39 % „dagegen“, der Rest gab andere Antworten oder blieb unentschieden. Die jungen*

> *Leute unter 30: 40 % „ich bin dafür“, 43 % „ich bin dagegen“, 17 % andere Antworten oder unentschieden. Schließlich noch die Anhänger der GRÜNEN: „Ich bin dafür 29 %; ich bin dagegen 57 %“.*

Noelle-Neumann fährt fort mit dem Referat zur Frage:

> *„Wenn es bei einer Demonstration zu einer Auseinandersetzung zwischen Demonstranten und der Polizei kommt, dann prügeln manchmal Polizisten auf Demonstranten, und Demonstranten schlagen auf Polizisten ein. Was meinen Sie: Ist es in Ordnung, dass Polizisten auf Demonstranten einschlagen, die sich den polizeilichen Anordnungen widersetzen, oder darf die Polizei keine Gewalt anwenden?“*

Die Bevölkerung ab 16 Jahren antwortet im April 1986 zu 36 % „ ist in Ordnung“, 40 % meinten „die Polizei darf keine Gewalt anwenden“, 24 % blieben unentschieden. Von den unter-30jährigen sagten 25 % „in Ordnung“, 49 % meinten, die Polizei dürfe keine Gewalt anwenden. Bei einer gleich lautenden Frage antworteten im Herbst 1982 noch 42 %, die Polizei dürfe keine Gewalt anwenden. Nach Aufzählung dieser Prozentziffern fährt Frau Noelle-Neumann fort: Die junge Generation sieht also mehrheitlich in den Polizisten, die zur Durchsetzung des Gesetzes Gewalt anwenden, Unrechtstäter; dabei zeigt sich eine rasche Erosion der Rechtsvorstellung.

Für den Leser solcher Texte zeigt sich, dass auch auf diesem Feld der große Name einer Verfasserin nicht die Sicherheit der Abwesenheit von Schnitzern verbürgt. Ein solcher Schnitzer ist die Gleichsetzung von 49 % und „mehrheitlich“. Sieht man einmal davon ab, dann ist das Beispiel aber auch im weiteren sehr geeignet, Sinn und Unsinn solcher Befragungen zu diskutieren.

Die wichtigste methodische Anforderung ist die Trennung von Datenwiedergabe und Interpretation. Frau Noelle-Neumann signalisiert die Differenz mit einem Worte, nämlich mit dem kleinen Wörtchen also (die junge Generation sieht also ...). Das könnte deutlicher geschehen. Die Gefahren einer Vermischung von Datenwiedergabe und Interpretation durch den Referenten sind nämlich auch sofort deutlich: Noelle-Neumann schreibt den Befragten die Meinung zu, Polizisten seien Unrechtstäter. Sie, die Befragerin und Referierende hat den binären Code im Kopf: Recht oder Unrecht. In diesem Punkte verfällt sie in den klassischen menschlichen Fehlern: Sie schließt von sich auf andere. Man muss sich nur in einem Gedankenexperiment vorstellen, man hätte weiter die Angehörigen jener 49 % gefragt: „Und müssen diese Unrechtstäter bestraft werden?“ Es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass dann wiederum 75 % von jener Untergruppe sich der Antwort angeschlossen hätten: „Nein, die können ja auch nicht anders; die haben ihre Befehle von oben, und wenn sie sich daran halten, dann darf man sie deswegen nicht bestrafen.“

Die Wichtigkeit der Differenz von Datenmitteilungen und Interpretation ist unter einem zweiten Gesichtswinkel zu thematisieren. Luhmann hat einmal in einer versteckten Fußnote in seinem riesigen Lebenswerk darauf hingewiesen, dass der Frager bei solchen Befragungen Antworten bekommt – er erfährt nichts darüber, was sich im Kopfe des Sprechenden ereignet und erst recht nicht darüber, was der Befragte an Handlungen vollzöge, wenn er in Situationen geriete, in denen die Konsequenz seiner auf den Fragebogen geschriebenen Meinungen zu praktizieren wäre.

Dafür liefert Noelle-Neumann in dem genannten Text das Beispiel einer Befragung, bei der der Interviewer dem Befragten ein Bildblatt mit zwei Figuren und Sprechblasen überreicht. Dabei wird vorausgesetzt, dass ein Gemeinderat und bestätigend ein Gericht beschlossen haben, dass die Fabrik gebaut wird. Dazu sagt eine Sprechblase eines der beiden Bürger: „Wir haben den Gemeinderat gewählt, also müssen wir jetzt diese demokratische Entscheidung mittragen und dürfen uns nicht länger gegen den Bau wehren“. Der andere sagt: „Das sehe ich anders. Wir, die Bürger, sind gegen die Fabrik. Wenn der Gemeinderat das nicht sieht, die Bevölkerung kann das besser beurteilen. Wir müssen auf jeden Fall den Bau der Fabrik verhindern, auch wenn wir vielleicht Gewalt anwenden müssen.“ Frau Noelle-Neumann referiert nun, dass 34 % der Unter-30jährigen meinte, man dürfe, ja man müsse gegebenenfalls Gewalt anwenden. In der Zusammenfassung von Noelle-Neumann heißt das:

> *„Es fehlt bei etwa einem Drittel der jungen Generation das Rechtsbewusstsein, dass man zur Durchsetzung von Zielen, die einem politisch-gesellschaftlich wichtig erscheinen, als Einzelner keine Gewalt gegen den Staat anwenden darf“ (Elisabeth Noelle-Neumann a.a.O S. 49).*

Dagegen ist die Frage zu erheben, ob die geäußerten Worte bereits sicher Repräsentanten von Bewusstseinsinhalten sind. Erst recht muss man vorsichtig sein bei der Annahme, in einer Realsituation folgten die Handlungen den locker-flockig daher geredeten Antworten. Es soll hier nicht näher vorgeführt werden, dass in der Abgehobenheit der Gesprächssituation über einen Fragebogen oder über bildliche Darstellungen von Dialogen die Antwort sehr empfindlich reagieren auf kleine

Darstellungsdetails. Solche steuernden Elemente sind dem Interviewer häufig nicht bewusst. Aus den hier vorgestellten Texten sei nur ein Satz herausgegriffen. In der Kennzeichnung der Demonstrations-Situation wurde mit der Frage gearbeitet, die als Teilelement den Satz enthielt:

> *„ ... und Demonstranten schlagen auf Polizisten ein ...“*

Damit wird die Frage eigentlich undurchsichtiger, weil man ein Notwehrproblem diskutieren kann. Die Antworten arbeiten also die Frage nicht vollständig auf, und das Unausgesprochene hat mit Sicherheit seine untergründigen Wirkungen.
Die erzählte Geschichte zur Fabrik enthielt übrigens den Satz:

> *„... die Bevölkerung ist aber dagegen. Ein Prozess vor Gericht hat ergeben, dass die Bevölkerung nichts dagegen unternehmen kann ...“*

Es wird also eine Extrem-Situation geschildert, in der die gewählten demokratischen Vertreter gegen die (offenbar: gesamte!) Bevölkerung agieren. So erzeugt man als Befragter Empörung, deren Irrationalität sich dann in paradoxen Antworten oder fundamentalistischen Affekten fortsetzt. Die Vermeidung solcher Fehlleistungen ist eine weitere Standardanforderung an Befragungen.
Die Interpretationsschwierigkeiten wären vielleicht geringer, wenn man bei den Fragen wohl definierte Abstrakta verwenden könnte. Die Erfahrung damit aber sieht so aus: 1986 wurde repräsentativ gefragt: „Haben Sie schon einmal den Begriff ‚Gewaltmonopol des Staates‘ gehört?“ Darauf antworteten 33 % mit ja, 67 % mit nein. Auch die Fragen 1988 zu dem konkreteren Inhalt von Menschenrechten zeigte eine beträchtliche, aber keineswegs totale Übersteinstimmung wie das Abstraktum Menschenrecht auszufüllen sein *(Elisabeth Noelle-Neumann a.a.O. S. 55 f.).* Erst recht löst ein Begriff wie Menschenwürde keine ganz einheitlichen Vorstellungen aus. Noelle-Neumann referiert das Beispiel der Fragen nach dem Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht. Wenn man abstrakt danach fragt, erhält man völlig andere Ergebnisse, als wenn man mit der umgangssprachlichen Formel von „schmutzige Wäsche waschen“ arbeitet *(Elisabeth Noelle-Neumann in: Heinz, Hrsg. Rechtstatsachenforschung heute: Erstes Symposium, Institut für Rechtstatsachenforschung der Universität Konstanz, am 17. und 18. Januar 1985, Konstanz 1986, S.151 f.).*

Kann man den genannten Schwierigkeiten entgehen, in dem man Fragen zu Rechtskenntnissen und – meinungen nur zu weniger affektgeladenen Themen stellt? Dazu ein Beispiel einer Frage zu den Rechtüberzeugungen des Volkes zum Erbrecht:

> *„Ein Mann stirbt. Seine einzigen noch leben Angehörigen sind sein Bruder sowie ein Halbbruder. Für die Regelung der Erbfolge stehen insbesondere drei Möglichkeiten zur Wahl:*
>
> *a) Nur der Bruder erbt, weil Halbgeschwister keine vollwertigen Verwandten sind.*
>
> *b) Sowohl der Bruder als auch der Halbbruder erben zu gleichen Teilen, weil beide mit dem Verstorbenen gleich nahe verwandt sind.*
>
> *c) Der Halbbruder erbt die Hälfte dessen, was der Bruder erbt (also ein Drittel), weil er nur von einer Seite mit dem Verstorbenen verwandt ist. Welche Lösung überzeugt sie am meisten?“*
>
> *(Manfred Bauer, Soziologie und Erbrechtsreform, Bielefeld 2003, S. 65).*

Als Schwierigkeit solcher Fragen springt ins Auge, dass sie eine hohe Bereitschaft zum Mitdenken und ein gutes Gedächtnis verlangt. In der Realität dürften solche Fragen sehr häufig dazu führen, dass der Befragte einfach auf eine der vorgegebenen Varianten eingeht, weil er nicht zugeben will, dass er den Überblick verloren hat. Man muss erst viele Leute finden, die das Spiel des Interviewers bereitwillig mitspielen. Schließlich ist es sanktionslos möglich, in diesem Spiele als Befragter zu betrügen, in dem man einfach eine undurchdachte Antwort gibt. Nicht zufällig benennt der Autor *(Manfred Bauer a.a.O. S. 30)* in seiner sehr guten Zusammenstellung der wichtigsten methodischen Prinzipien der einschlägigen empirischen Sozialforschung die Kontrollfrage. Wer soweit ausdifferenzierte Fragen stellt, wie dieser Erbrechtsforscher, muss damit leben, dass die Antworten keinesfalls immer in sich konsistent sind. Allerdings kann man solche Beantwortungen nicht einfach disqualifizieren, denn Meinungsinkonsistenz ist bis zu einem gewissen Grade die Normalität des menschlichen Lebens. Wenn man sie unterschlägt, dann bekommt man ein schiefes Bild von dem, was die Bürger denken.

Soll man nun aus allen solchen methodischen Problemen die Konsequenz ziehen, dass Fragen nach Kenntnissen und Meinung keinen Sinn haben? Dem ist nicht so. Das sei noch einmal an einem anderen Beispiel gezeigt.

Nach einer Untersuchung *(Montada/Dieter, in: Manfred Schmitt, Leo Montada, Hrsg., Gerechtigkeitserleben im wiedervereinigten Deutschland, Opladen 1999, S. 36)* gilt das Folgende:

> *Die DDR wird als gerechter eingeschätzt, nicht nur bezogen auf die Lage von Frauen, sowie die Verteilung von Arbeit und sozialer Leistung, sondern auch hinsichtlich der Lebensbedingungen von alten Menschen und Behinderten und sogar bei der Rechtsprechung.*

Man kann nun womöglich im Detail hier und da und dort suggestive Fragen kritisieren, Realitätsverzerrungen bei den Befragten registrieren, Lehrstellen innerhalb der Fragenspektren monieren etc. Jedenfalls gilt: Auch wenn man die Bandbreiten in Rechnung stellt, innerhalb derer die Ergebnisse gewisse Unsicherheiten aufweisen, so ist doch eine Aussage über die Befindlichkeit der jetzigen Bewohner der neuen Bundesländer nicht weg zu diskutieren. Die Methoden können Schwächen haben, aber die Ergebnisse sind jedenfalls im Großen und Ganzen richtig. Solange man sie nicht überinterpretiert, sind sie auch wichtig.

Demoskopie und einzelne Tatbestandsmerkmale

Fragebogen sind ein universelles Instrument. Das bringt es mit sich, dass sie auch dort im Rechtssystem eine Rolle spielen können, wo es um die schlichte Aufarbeitung von Realitäten geht.
Für die Mehrzahl aller Gerichtsverfahren reichen die bekannten Beweismittel, also Zeugen, Urkunden, Sachverständige. Durch die Institution der Sachverständigen sind die Gerichtsverfahren offen für alle wissenschaftlichen oder sonstigen plausiblen Methoden. Das bringt es mit sich, dass es in deutschen zivilrechtlichen Gerichtsverfahren zur Anwendung demoskopischer Methoden kommen kann. Konkret geht es um Wettbewerbsrecht, in dem Kenntnisse und Meinungen der Menschen als Kollektiv zur Ausfüllung von relevanten Tatbestandsmerkmalen erhoben werden müssen. Verwechselungsgefahr, Irreführung etc. bezogen auf Produkte, Marken etc. sind öfters finanziell von der Größenordnung, wie den Einsatz demoskopischen möglich macht. Wenn in einem Wettbewerbsprozess umstritten ist, ob ein Unternehmen einen nach Scotch-Whisky riechenden kanadischen Whisky unter der Bezeichnung Sotch auf dem Markt bringen darf, ohne sich unlauter Gegenüber den Importeuren vom schottischen Whisky zu verhalten, dann kann man mit Fragebogen die Bevölkerungsgruppen feststellen, die unter scotch nur geographisch aus Schottland stammenden Whisky versteht. Danach kann man die Bevölkerungsgruppe feststellen, die unter scotch einen Whisky versteht, der wie schottischer Whisky riecht und von Bourbon wohl zu unterscheiden ist. Wie bei allen solchen Erhebungen ist auch hier die Frage der Beweiswürdigung in keiner Weise von den Instrumenten der Beweiserhebung vorgegeben. Wenn es um die ökonomisch relevanten Wettbewerbsverzerrungen geht, dann kann man möglicherweise den mit scotch titulierten kanadischen Whisky vom Markt nehmen lassen, weil 70 % der Käufer beim Worte scotch an die vornehme geographische Herkunft aus Schottland denken, während 25 % keine Meinung dazu haben und 5 % meinen, das Wort scotch sage schließlich nur, dass es kein Bourbon sei. Im Kindschaftsrecht würde niemand auf die Idee kommen, eine 70% Wahrscheinlichkeit einer Vaterschaft zur Grundlage für Unterhaltszahlungen zu machen. Darüber hinaus verlangt der Einsatz von Fragebogen und anderen Mitteln der Demoskopie, dass man die Beweisfrage juristisch mit der nötigen Sorgfalt diskutiert. Kommt es z. B. im Wettbewerbsrecht nur auf die Menschen an, die abwechselnd Scotch und Bourbon trinken, oder auf die, die als Verbraucher in Frage kommen, oder ist es angemessen, einfachheitshalber die Fragen an einen repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung zu stellen unter Einschluss der Guttempler? *(s. dazu zuletzt Almut Pflüger, Rechtsforschung in der Praxis: Der demoskopische Nachweis von Verkehrsgeltung und Verkehrsdurchsetzung, GRUR 2004, 652 ff.)*

Ähnliche Zusammenspiele der Methode der Realitätserforschung und des juristischen Ausgangsproblems ergeben sich bei Normtexten, die als Generalklauseln verstanden werden. Nach einer bekannten Formel gilt z. B. für die wichtigste zivilrechtliche Generalklausel § 138 Abs. 1 BGB: Sittenwidrig ist das, was dem Billigkeits- und Rechtsgefühl aller billig und gerecht denkenden widerspricht. Leider gibt es Untersuchungen zu solchen Themen viel zu selten. Die Literatur ist nicht weit über einen älteren Text von Teubner *(Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt/Main 1971)* hinausgekommen. Auch hier ist der typische Diskussionsbedarf der Normen und der Realität zu registrieren. Wenn z. B. die berühmte Wortformel beim Rechtsbewusstsein der Billig- und Gerechtdenkenden ansetzt, dann fragt sich, wie diese dogmatische Formel näher zu interpretieren ist. Wie militant müssen die Gegner des überprüften Verhaltens dieses für nicht akzeptabel, rechtswidrig, unerfreulich, sittenwidrig, sanktionsbedürftig etc. halten? Und wie geht man um mit der Vorgabe „alle“? Müssen alle so denken, deren Verhalten im einzelnen Konfliktfall thematisiert wird? Die Handelnden werden jedenfalls im Prozess vortragen, dass nach ihrem Verständnis ihr eigenes Verhalten sittengemäß war. Dementsprechend hat die Rechtsprechung auch die Formel in den allermeisten Fällen als reine

Rhetorik eingesetzt und sich außerdem normativ ein Hintertürchen offengelassen. Danach ist die Tatsache, dass eine Unsitte weit verbreitet ist, kein Ausschlussgrund für das Verdikt der Sittenwidrigkeit.

Insgesamt allerdings ist es schade, dass nicht mehr Demoskopie getrieben wird. Wenn diese üblicher würde, dann würde man möglicherweise auch zu interessanteren Fragestellungen vordringen. Man könnte sich z. B. vorstellen, die Meinung der Männer und Frauen zur Sittenwidrigkeit von Eheverträgen zu eruieren, durch die erwartbarer Weise Frauen ohne Ausgleich von Zugewinn und Altersversorgungspositionen bleiben. Aufnehmen ließe sich auch der vor langem versickerte Forschungsstrrang mit Fragestellungen nach Unterschicht, Mittelschicht und Oberschicht. Dazu hatte – so weit ersichtlich – zuletzt Rasehorn Ergebnisse beigebracht, die die Unterschicht als traditionsverhaftet und die Oberschicht in justitiellen Zusammenhängen als neuerungsorientiert auswiesen *(Theo Rasehorn in: Erhard Blankenburg, Hrsg., Empirische Rechtssoziologie, München 1975, S. 103, 114).*

Verständnis- und Verständlichkeitsforschung

Vom juristischen Bezugsproblem Demokratie her ist es naheliegend, nicht nur Wissen der Bürger um die letztlich von ihnen selbst verantworteten Gesetze zu fordern, sondern auch noch eine Konsequenz zu ziehen: Demokratie, so kann man meinen, setzt voraus, dass die Bürger ihre eigenen Gesetze verstehen, wenn sie sie denn schon machen und verantworten. Man kann dazu aber spotten: Es gibt nur einen allgemein anerkannten Test, was verstehen von Gesetz und Recht bedeutet; dieser Test ist eine einschlägige Klausur im Assessorexamen.

Mit diesem Test geben sich aber (zum Glück) viele Juristen und andere Bürger, die um Demokratie und Rechtsstaat bemüht sind, sich nicht zufrieden. Es ist also zu fragen, was Verständnis des Gesetzes für den Bürger heißt, und wie dieses Verständnis möglicherweise gefördert werden kann. Hierbei handelt es sich um ein vielschichtiges Thema, dass in einzelnen Aussagekomplexen abgearbeitet werden muss.

Zuerst einmal muss man den Ernst der Forderung nach verständlichen Gesetzen richtig einschätzen. Diese hat in Deutschland eine große Tradition durch die Wichtigkeit von Latein als Rechtssprache seit der Rezeption vor rund 600 Jahren. In aller Kürze lässt sich sagen: Durch die Wichtigkeit der lateinischen Sprache war bis zum beginnenden 20. Jahrhundert in Deutschland dem Bürger der Zugang zum Verständnis von Rechtsfragen wesentlich erschwert. Die Juristen waren lange Jahrhunderte Fürstendiener und gewannen als Berufsgruppe ihre Identität gerade durch Volksfremdheit, durch Sozialstatus und durch lateinische Fachsprache. Diese Volksfremdheit wurde dementsprechend von Nichtjuristen ab den Zeiten der Aufklärung viel kritisiert. Vor diesem Hintergrund ist klar, dass immer und wieder gefordert wird, Gesetze müssten verständlich sein. Diese Forderungen setzen sich noch heute fort, und zwar auf zweierlei Weise. Einmal gibt es in der Literatur eine Klagemauer. Man liest z. B.:

> *„Neben der Anzahl erschweren der Umfang und die Änderungshäufigkeit neuer Gesetze einen schnellen und zuverlässigen Überblick über das geltende und im Einzelfall anzuwendende Recht. Wenn Paragraphen, wie etwa § 19 a EStG, über tausend Worte erreichen oder dieses Gesetz, wie 1980 geschehen, innerhalb einer Woche dreimal geändert wird, so fällt selbst dem Fachmann eine zuverlässige Rechtsauskunft etwas schwer. Der Laie findet vielfach aktuelle Änderungen, insbesondere Steuer- und Sozialrecht, gar nicht, weil sie in sog. Artikelgesetzen – wegen ihres Umfanges auch Paketgesetze genannt – begleitend zum Haushaltsgesetz versteckt werden. Hier wird all zu oft das Gebot der Titelklarheit und Titelwahrheit verletzt“. (Hermann Hill, Akzeptanz des Rechts - Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements, JZ 1988, 379).*

Die andere Seite solcher Forderungen sind parlamentarische Dienste, die sich speziell um die Verständlichkeit von Gesetzen bekümmern sollen. Es gibt beim Bundestag einen Redaktionsstab der Gesellschaft für deutsche Sprache, der einen Ratgeber „Fingerzeige für die Gesetzes- und Amtssprache *(herausgegeben von der Gesellschaft für deutsche Sprache im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern und des Bundesministerium der Justiz, 11. Aufl., Wiesbaden 1998; s. hierzu Kent Lerch, Vom Bemühen die Gesetze verständlicher zu machen: Eine unendliche Geschichte, www.bbaw.de).* Sprachwissenschaftlicher und sprachwissenschaftlich gebildete Juristen *(s. Kent Lerch a.a.O. mit sprachwissenschaftlichen Nachweisen)* beklagen, dass die einschlägigen Fingerzeige unwissenschaftlicher Appelle sind oder unbegründbare Meinungen. Eine Evaluation der Arbeit solcher Behörden scheint es nicht gegeben zu haben. Das ändert natürlich nicht, dass es ein

verdienstvolles Bemühen ist, abschreckende Einzelbeispiele aufzuspießen und der Fachöffentlichkeit vor Augen zu führen. Eine sichere Wirkung geht allerdings davon nicht aus.

Der Kern der Sache ist folgender: Verständlichkeit ist eine dreistellige Relation *(Kent Lerch a.a.O.*). Kein Text ist von sich aus verständlich oder unverständlich, sondern Verstehen ereignet sich in der Einheit von Information, Mitteilung und Verstehen. Die Frage ist also nicht, wie man ein Gesetz verständlich formuliert, sondern wie man ein Kommunikationsprozess so organisiert, dass verstanden wird *(vgl. Wolf Hagen Krauth, Systeme verstehen Systeme. Zur Debatte zwischen rechtstheoretischer und linguistischer Beobachtungen des Rechts, www.bbaw.de*). Um einige wichtige Punkte zu nennen: Verstehen ereignet sich dadurch, dass Institutionen mit dem interessierten (meist durch Betroffenheit interessierten!) Bürger angemessen umgehen. Es gilt das didaktische Prinzip, das man einen Menschen dort abholen muss, wo er zu Hause ist. Unter dieser Voraussetzung ist denkbar, dass der Richter im Sach- und Rechtsgespräch Verstehen erreicht, oder in anderen Situationen die Verbraucherberatung, die Elternberatung, die Sozialberatung, die Schuldnerberatung oder auch der Rechtsanwalt. Wenn ich ein Lehrbuch aufschlage, das mich und die Meinen thematisch nicht interessiert und nicht zu interessieren braucht, dann wird es unverständlich sein und es wird ziemlich gleichgültig sein, wie viel didaktisches Geschick der Autor hatte. Ganz gleichgültig allerdings wird es nicht sein. Ebenso ist der Gesetzgeber mit seinen Monstersätzen (vgl. § 309 BGB n. F.), der Richter im Durchlauftermin oder der Anwalt in seiner Demonstration von Professionalität nicht frei zu sprechen von dem Vorwurf, dem Bürger Verständnismöglichkeit vorzuenthalten. Die Rechtssoziologie könnte hier eine nützliche Rolle spielen, in dem sie wissenschaftliche Fragen im Anschluss an vorhandene Sprachwissenschaften richtig stellt.

Kap. 16

Die Relevanz der Tiefenpsychologie

Das Konzept des Kapitels

Eine Rechtssoziologie, deren theoretische Achse das Spektrum von einer makrosoziologischen Perspektive hin zu einer mikrosoziologischen Perspektive ist, sollte sich schon zur Verdeutlichung des Gedankenganges dann auch mit der Individualpsychologie und schließlich der Tiefenpsychologie beschäftigen. Es gibt einen zweiten Anlass, dieses Thema einzubeziehen. Rechtspsychologie ist eine noch weniger betriebene Sozialwissenschaft als die Rechtssoziologie. Man kann nicht damit rechnen, dass Juristen vor sich selbst oder in irgendeiner Öffentlichkeit zugeben, dass die Individualpsychologie eine jedenfalls auch relevante Erklärungsebene für einzelne Geschehnisse und Handlungen im Justizsystem und Rechtssystem bietet. Stattdessen wird Psychologie gewöhnlich in den „Dönkes", also in den Stammtischgesprächen zum Thema gemacht und damit verharmlost.

Dem sollte man nicht entgegenhalten, dass die Kriminologie als Querschnittswissenschaft sehr stark auf die Individualpsychologie abstellt. In dieser Wissenschaft schlägt denn doch die Orientierung auf den Täter und die Hoffnung, seine Untat von vornherein zu verhindern oder sich nicht wiederholen zu lassen, durch. So bemüht sich eine verdienstvolle Habilitationsschrift um Bausteine einer psychologischen Theorie der richterlichen Entscheidungsfindung *(Gabriele Löschper, Bausteine für eine psychologische Theorie richterlichen Urteilens, Baden-Baden 1999),* aber im Ganzen bleiben die Forschungen sehr stark auf das Strafrecht konzentriert.

Andererseits kann man als Autor nicht in einem Abschnitt einer Rechtssoziologie beiläufig die Rechtspsychologie mit erledigen wollen. Es verbleibt ein Kompromiss.

Im Folgenden soll an einer aktuellen Begebenheit und ihren Interpretationen gezeigt werden, dass justizinterne Vorgänge mit Fug und Recht tiefenpsychologisch interpretiert werden können. Damit ist zugleich gesagt, dass eine vollständige Erfassung justizinterner Phänomene immer auch die Perspektive der Individual- und Tiefenpsychologie erfordert.

Das juristische Bezugsproblem: Die Regeln justizinterner Konflikte

In der Darstellung der Fakten des Exempels folge ich Böllinger *(Lorenz Böllinger, Überlasteter Richter wegen Strafvereitelung angeklagt, Kritische Justiz, 2005, 203 ff.)* und Albrecht *(Peter-Alexis Albrecht, Die Kriminalisierung der dritten Gewalt – ein verfehlter Beitrag der Exekutive zur Steigerung der Funktionstüchtigkeit des Kriminaljustizsystems, ZRP 2004, 259 ff.).* Das Handlungsgerüst ist bei Böllinger a.a.O nachzulesen:

> *Mit Anklageschrift vom 17. 12. 2001 erhob die Staatsanwaltschaft Heidelberg gegen den damals 63jährigen Richter S wegen Strafvereitelung im Amt Anklage gem. §§ 258, 258 a StGB. Der Vorwurf lautete, er habe in 21 Fällen als Jugendrichter Verfahren längere Zeit nicht bearbeitet und nicht gefördert und so den staatlichren Strafanspruch nicht durchgesetzt. Das Landgericht lehnte 17. 04. 2003 die Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen ab (DRiZ 2004, 261). Auf die Sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft vom 2. 5. 2003 hin bestätige das OLG Karlsruhe mit Beschluss vom 9.12.2003 in vollem Umfang den Beschluss des Landgerichtes. Mittlerweile hatte sich der Richter S auf Grund der persönlichen Belastung vorzeitig pensionieren lassen. Am 31. 8.2004 stellte ein Richterkollege gegen den die Anklage verantwortenden Staatsanwalt Strafanzeige wegen Verdachtes der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB). Die entsprechende Ablehnung einer Aufnahme der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft Heidelberg vom 16. 9. 2004 wurde auf die Gegenvorstellung des Anzeigenden Richters hin durch die Generalstaatsanwaltschaft am 22. 9. 2004 bestätigt. Die Partei der Grünen stellte am 7. 10. 2004 eine parlamentarische Anfrage. Diese wurde durch Stellungnahme des Justizministers vom 26. 10. 2004 in diesem Punkte dahingehend beantwortet, dass es sich um ein ganz normales Strafverfahren gehandelt habe. Auch die Generalstaatsanwaltschaft stellte sich vor den Anklägern (Böllinger a.a.O S. 203).*
>
> *Nachzutragen ist, dass der beschuldigte Richter in den Jahren 1996 bis 2000 vier mal dem Präsidium seines Gerichtes angezeigt hatte, dass seine Belastung auf Dauer nicht tragbar sei; sowohl die Eingangszahlen auch als die Erledigungszahlen dieses Richters lagen über dem Durchschnitt im OLG-Bezirk Karlsruhe (Peter-Alexis Albrecht a.a.O. 259).*

Für eine Beurteilung dieses Sachverhaltes ist erstens festzuhalten, dass es nicht um ein Possenspiel handelt. Dafür gibt es keine Hinweise und normativ gesehen ist der Anlass auch viel zu ernst. Immerhin haben 21 junge Menschen, die mögliche Straftäter waren oder zu Unrecht in ein Strafverfahren involviert worden sind, die Justiz als ineffektiv vor Augen geführt bekommen. Zweitens muss man festhalten, dass es nicht um eine quasi private Eskapade eines vereinzelten Staatsanwaltes handelte. Die Exekutive, zu der auch die Staatsanwaltschaft in allen drei beteiligten Behördenebenen gehört, hat in sich geschlossen reagiert. Dabei ist nicht so erstaunlich, dass der Generalstaatsanwalt und der Justizminister in einem fortgeschrittenen Stadium des eskalierten Konfliktes „ihren Leuten die Stange gehalten“ habe, sondern wichtig ist, das Verfolgen der Sache durch Sofortige Beschwerde. Das ist nicht vorstellbar ohne eine gewisse Absicherung in der Institution. Auch die Richter haben nicht einen Richter wegen richterlichen Handelns bestraft.

Böllinger hebt außerdem sehr darauf ab, dass eine 31-seitige Anklageschrift gefertigt worden war. Für einen bösen Witz oder eine kleine Privatfehde werden nicht 31 Seiten Anklage verfasst. Weder der Stammtisch noch die Psychiatrie sind der Ort, um den ganzen Vorgang zutreffend zu analysieren. Ersichtlich ist es dabei sinnlos, die Soziologie der Klassenzugehörigkeit der (beiderseits R-1-besoldeten) Richter und Staatsanwälte zu befragen. Ebenso wenig Antwort kann man sich versprechen von der systemtheoretischen Ebene, denn die Anklageschrift kündigte in krasser Weise das Ergebnis vorangegangener Kommunikationen und Konsensbildungen auf. Die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht dahin, dass verzögerliche richterliche Amtsführung nur von der lex specialis der Rechtsbeugung erfasst werde, nicht vom allgemeinen Straftatbestand der Strafvereitelung. Außerdem fehlte in der 31-seitigen Anklageschrift eine Darlegung, dass der überlastete Richter Zeit genug gehabt habe, die fraglichen Verfahren zu bearbeiten. Ob man nun die Systemtheorie dafür bemühen kann oder nicht, stehe dahin, aber jedenfalls mussten alle Beteiligten die alte Weisheit kennen, dass eine Krähe der anderen kein Auge aushackt und dass letztlich in der ganzen Sache keine Verurteilungen von Richtern oder Staatsanwälten erfolgen würden. Das war von Anfang an völlig klar. Deshalb fragt Böllinger plausibel: Welche „wirklichen Gründe“, welche unterschwelligen, wahrscheinlich unbewussten psychischen und psychosozialen Motive und Gesetzmäßigkeiten haben hier im Gewande einer strafrechtlichen Argumentation gewirkt?

Ansatzpunkte für tiefenpsychologische Erklärungen

Die nachträgliche Analyse von schriftlich dokumentierten Vorgängen ist für Psychologen und gerade für solche, die in der modernen Nachfolge Freuds stehen, ein Problem. Es macht einen Unterschied, ob ein Mensch auf einer Coach liegt und zu dem Psychoanalytiker spricht, oder ob der Psychoanalytiker ein 31-seitiges professionelles Schriftstück liest und dessen Autor verstehen will. Die Aussagen müssen im letzteren Falle in sehr viel vorsichtigere Formen gefasst werden.

Ein solcher Interpretationsvorschlag ist der Affekt des Grolls und des Neides. Der Richter ist der Herr des Verfahrens ab einem bestimmten Verfahrensstand, und er ist in dieser, von ihm bestimmten Phase viel unabhängiger als die Staatsanwälte es sind. Der Sozialstatus des Staatsanwaltes ist nicht so hoch, wie derjenige des Richters, und wenn der Richter im Einzelfall dann nicht einmal tut, was der Staatsanwalt im überlasteten Alltag leistet, dann tritt Strafbedürfnis anstelle von Rationalität. Der Staatsanwalt, der die Anklageschrift schrieb, hätte nicht die Möglichkeit gehabt, sich unter seinem Verfahren 21 auszusuchen, die er einfach hätte liegen lassen können. In diesem Verfahren war außerdem Arbeit der Staatsanwaltschaft zunichte gemacht worden. Böllinger erwägt plausibel, dass aus diesem Grunde ein Rachebedürfnis am Werk gewesen sein könnte. Wesentlich komplexer ist die Frage, ob Projektions- oder Übertragungsmechanismen am Werke waren. Es könnte sich also um eine Projektion der eigenen Gefühle von Schwäche und Ärger angesichts strukturell gewachsener Überlastung gewesen sein, die eine Verschiebung weg von den eigentlichen Urhebern derselben mit sich gebracht haben. Hier, beim Angriff auf den Richter, kann der Staatsanwalt so tun, als ob er die Lage ändern könne, in der er sich gerade eben selber auch befindet. Die tagtägliche Überlastung der Staatsanwaltschaft ist seine Arbeitsrealität, und so klagt der Staatsanwaltschaft irgendeinen anderen an. Er selbst hat nicht den Mut gehabt, eigene Akten pflichtwidrig liegen zu lassen, obwohl er die Einzelfälle im Massengeschäft nicht mehr sinnvoll und verantwortungsvoll bearbeiten konnte. Wenn ein anderer die innerliche und äußerliche Freiheit dazu hatte, dann muss er der Strafe verfallen. Mit dieser versuchten Sanktion rechtfertigt der Staatsanwalt (nach dieser Interpretation) seine eigene Unverantwortlichkeit gegenüber dem Massenfall im Massengeschäft.

Aber es bedarf doch eines gewissen Mutes, sich mit einer so langen Anklageschrift zu exponieren. Dahinter stand nach Böllinger möglicherweise ein Gefühl der Sicherheit und Unanfechtbarkeit. Die „großen Brüder“ Generalstaatsanwalt und Justizminister standen später tatsächlich hinter dem einzelnen kleinen Staatsanwalt, wie dieser sicher schon richtig vorausgesehen hatte. Mit dem großen Bruder hinter sich ist dann auch manchmal der kleine Mann ganz groß. In der Sprache des

Rechtspsychologen Böllinger wird dann „narzistische Macht-Lust“ vermutet. Hier sind ausnahmsweise die sonst die mächtigeren Richter und der einzelne Staatsanwalt gleich: Die Richter des Landgerichts und des Oberlandesgerichts haben ihren Richterkollegen Jugendrichter nicht Böses angetan, aber die Generalstaatsanwaltschaft und der Justizminister haben ihren ausführenden Staatsanwalt auch nicht Böses getan. Die besagte „narzistische Macht-Lust“ hat womöglich auch Einfühlung und Schuldgefühle blockiert. Einfühlung hätte man erwarten können unter zwei gleichermaßen überlasteten Männern und Schuldgefühle, wenn man die in den sozialen Spielregeln verlangte kollegiale Solidarität so krass missachtet. Schließlich ist der Richter, der überdurchschnittliche Eingangs- und Erledigungszahlen hatte, dann vorzeitig aus dem Amt ausgeschieden und hat eine Reduzierung seiner Pension hingenommen. War das möglicherweise bereits der Sieg, den die Staatsanwaltschaft als einzigen hatte erstreiten wollen? Wenn dem so gewesen wäre, dann bewiese das nur eine außerordentliche Kurzsichtigkeit gegenüber gesamtgesellschaftlichen Belangen. Man muss doch wenigsten zwei und zwei zusammenzählen können und wissen, dass eine Frühpensionierung den Steuerzahler zuerst einmal mit zwei weiteren Jahren Pensionszahlungen belastet; ob die Pensionsabschläge das wieder aufwiegen, kann man nicht wissen. Solche Kurzsichtigkeit ist das Ergebnis von innerpsychischen Blockaden.

Böllinger (im Anschluss an Albrecht) begrenzt sich nicht auf Individual- und tiefenpsychologischen Überlegungen. Er folgt damit einer methodischen Forderung im Umgang mit komplexeren Phänomenen. Seine sozialpsychologischen Überlegungen sehen so aus: „Die Achse Staatsanwalt-Generalstaatsanwalt-Justizminister“ repräsentiert eine gesellschaftliche Modernisierungstendenz, den Triumph der Exekutive und der Bürokratie. Der maßgebliche Hebel ist die Ökonomisierung, der Sparzwang als scheinbarer Sachzwang. ... Sachzwänge sind vielfach nur scheinbare, nämlich gemäß politischer Opportunität geschaffene Konstruktionen, Legitimation für machtstrukturell bedingte Ressourcenverteilung“ *(Lorenz Böllinger a.a.O. 205)*. Hier vernetzen sich (typischerweise!) die Argumentationen. Welches sind eigentlich die Leistungen des Justizsystems, die auf der Strecke bleiben, wenn man immer mehr Fälle immer schneller aburteilt? Wie ist ein Richter in der Strafjustiz einzuschätzen, der die auf der ministeriellen Ebene beschlossenen Sparmaßnahmen in seiner richterlichen Tagesarbeit umsetzt, in dem er im Einzelfall nicht mehr so genau hinschaut. Böllinger vermutet:

> *„Besagte Sachzwänge und Ressourcenknappheiten verbrämt als ‚Modernisierung', ‚Qualitätssicherung' und ‚Effizienzsteigerung', haben höchstwahrscheinlich faktisch längst zu oberflächlicher, weitgehend beziehungsloser Massenabfertigung, zu erheblichen Einbußen an rechtstaatlicher Qualität geführt. Damit wird das Strafverfahren endgültig dysfunktional, selbst-destruktiv: Gerade die ‚materielle Wahrheit (§ 244 Abs. 2 StPO)', das Verstehen des in der Straftat zum Ausdruck kommenden sozio-ökonomischen und psycho-sozialen Konflikts in seiner Konkretheit, stellt eine wichtige Fazette im Prozess gesellschaftlicher Konfliktverarbeitung und –bewältigung dar. Darin liegt eine Re-Inszenierung derjenigen psycho-sozialen Situation, welche in zunehmend vielen Fällen den Anfang und Verlauf von Fehl-Sozialisiation, Kriminalität und Kriminalisierung kennzeichnet. .... Darin liegt auch ein Beitrag zur gesellschaftlichen Entfremdung.“*

Mit dem Begriff der Entfremdung, schlägt Böllinger wieder den Bogen zurück zum Versuch einer Theorie der Gesellschaft, die zugleich der Versuch ist, die Stellung des Individuums in ihr in ihrer Konkretheit und Besonderheit zu erfassen. Entfremdung allerdings ist nicht in einem Lehrtext zur Rechtssoziologie zureichend zu behandeln *(nur als Hinweis auf den letzten wichtigen und zugleich allgemeinverständlichen Beitrag zu diesem Thema: Richard Sennett, Der flexible Mensch, 3. Auflage Berlin 2000).*

Kap. 17

Schluss: Was fehlt, und warum es fehlt

Recht und Frauen

Zur Gleichstellung von Männern und Frauen gibt es viele einzelne Daten, aber es dürfte wohl nicht so sein, dass man mit ihnen diesem Thema gerecht werden kann. In den Theorien zu Diskriminierung, Feminismus und Gender herrscht babylonische Sprachverwirrung. Es ist auch nicht zu sehen, dass im wissenschaftlichen Ableitungszusammenhang (z. B. in einer Stufenabfolge von feministischer Wissenschaftslehre, feministischer Philosophie, feministischer Rechtswissenschaft, feministischer Rechtssoziologie) auf anderen Ebenen ausreichend klare Vorarbeiten auf die Weiterentwicklung warteten. Andererseits ist soviel Material beieinander, dass man eigentlich nur eine eigene Abhandlung schreiben könnte. Die aber wäre hauptsächlich eine kriminologische Monographie und soll schon deshalb hier nicht begonnen werden.

Migration

Noch stärker tritt dies auf die Fragestellungen zu, die mit der Zunahme der Zahl von Menschen in der Bundesrepublik, die nicht deutsch sprechen, und die mit Europäisierung und Globalisierung verbunden sind. Während die Richter- und Verfahrensforschung ihre großen Fortschritte in Zeiten gemacht hat, in denen ihnen der Zeitgeist günstig war, sind Migration, Europäisierung und Globalisierung als rechtssoziologische Themen in ein Loch gefallen. Wie unsere Gesellschaft mit diesen Themen umgegangen ist, kann man z. B. an der Veröffentlichung der PISA-Studie sehen. Karikierend kann man sagen: Nach einem Moment der Verblüffung und des Erstaunens erklärten alle Verantwortlichen, sie hätten es schon immer gewusst, und nach einer kurzen Phase des Redens auf dieser Ebene haben jetzt alle Verantwortlichen beschlossen, dass man weiterhin nichts zu tun brauche. So beschäftigt sich die Ministerialbürokratie mit den Problemen der Elektronifizierung von justiziellen Verfahren, so als ob alle Menschen, die in diesem Lande leben, nicht nur perfektes Deutsch sprechen, sondern dieses auch noch mailen könnten. Diese Bewegung ist im vollen Gange, siehe § 130 a ZPO, §§ 46 b ArbGG, 108 a SGG, 77 a FGO, 86 a VwGO. Wer kann mit solchen Normen umgehen? Auch materiell-rechtlich fehlt es in verblüffenden Masse an Untersuchungen (Beispiel für ein nahe liegendes, aber unbearbeitetes Thema: Verbrauchschutz durch Information und sprachliche Inkompetenz von Migranten.) Das Internationale Privatrecht wird intensiv gepflegt, aber der deutsche Bürger, der mit der Sprache seiner Mutter, nämlich einem anatolischen Dialekt, einem kasachstanischen Russisch oder der Sprache der Sinti und Roma, aufgewachsen ist, der wird nicht mit seinen speziellen Problemen wahrgenommen. Nur wenn eine junge deutsche Lehrerin ein Kopftuch trägt, dann erinnern Öffentlichkeit und eine Fülle einschlägiger Gerichtsurteile daran, dass diese junge Frau früher einmal eine andere Nationalität hatte – was normativ ersichtlich völlig gleichgültig ist. Für Realitätsaufarbeitung im Zusammenspiel mit angemessenen Theoriebildungen ist hier ein weites Feld.

Weltgesellschaft, Weltrecht, Weltrechtssoziologie

Zum ersten Mal in der Menschheitsgeschichte gibt es eine gemeinsame Kommunikation der verschiedensten Gesellschaften und ihrer Mitglieder über den ganzen Erdball hinweg. Menschen und Menschengruppen ohne Zugang zu Fernsehen oder zum Internet sind nur noch Inseln in einem Meer der allgemeinen Kommunikationsmöglichkeiten. Durch Flugzeuge ist eine Beweglichkeit erreicht, wie sie für so manche alte Gesellschaft nicht von Dorf zu Dorf bestand. Die Wissenschaft von dieser Weltgesellschaft, die Soziologie, müsste nun konsequent auch die Teilwissenschaft Rechtssoziologie ausbilden. Nur: Die Weltgesellschaft ist nicht die mit dem Storchenschnabel vergrößerte nationale Gesellschaft, und so kann man in diesem Abschnitt nur darlegen, dass mit der Vorstellung einer Weltrechtssoziologie Probleme verbunden sind, die derzeit nicht gelöst sind und deren Lösung nicht durch fleißiges Nachdenken eines einzigen Menschen an einem Schreibtisch zu bewirken sind.
Es verbleibt nur, in exemplarischer Weise die Schwierigkeiten darzutun. Man kann sich damit trösten, dass damit immerhin eine Kleinigkeit mehr erreicht ist als in vielen Texten der Gegenwart zu den quasi nationalen Rechtssoziologien. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft, beiderseits bezogen auf die ganze Welt, kann man an einem moderneren Problem exemplifizieren: Die Verteilung von Pharmaka, die Aids-Kranken ein längeres Leben und weniger quälende Krankheitserscheinungen bescheren. Diese Pharmaka werden von amerikanischen Konzernen hergestellt und sind besonders dort benötigt, wo man früher von der „Dritten Welt“ redete. Um das Problem zu kennzeichnen sei eine

sicherlich vereinfachende Tatsachen- und Rechtsmeinung vorangestellt: Die Profitmaximierung der amerikanischen Konzerne bewirkt, dass in Ländern wie Brasilien, Südafrika und Indien viele zehntausende Menschen schneller und qualvoller sterben, wobei der rechtliche Transmissionsriemen das Patentrecht ist, das jene Pharmaka für Betroffene, Hilfswillige und Regierungen zu teuer für eine flächendeckende Verwendung macht. Noch weiter verkürzt: Die weltweite Anerkennung des Patentrechtes ist die Organisierung von massenhaften, qualvollen Tötungen. In dieser These kommen gesellschaftliche Phänomene (riesige Krankenzahlen und epidemisches Sterben) und die reale Wirkung des Rechts, das als klassisches Patentgesetz solche Wirkungen weder in Tatbeständen noch in Rechtsfolgen thematisiert, vor. Nur in dieser Vereinfachung sieht es so aus, als sei man wissenschaftlich auf dem Felde der Rechtssoziologie, die in nationalen Problemen eingeübt worden ist.

So einfach ist die Welt nicht. Es lassen sich einige typische Komplikationen benennen, die in ihrem Zusammenhang die Forschungsformen nationaler Rechtssoziologien aufkündigen.

a) Aids ist für verschiedene Länder ein sehr verschiedenes Problem. Die Pharmakaproblematik betrifft heute besonders Brasilien, Südafrika und Indien, und in allen diesen drei Gebieten spielt Aids eine gesellschaftlich sehr unterschiedliche Rolle.

In Südafrika wurde Aids lange Zeit als gesellschaftliches Problem nicht anerkannt. Die Ansteckungshäufigkeit konnte sich im südafrikanischen Raum ungebremst entwickeln. Lange Zeit wäre die eigene Pharmaindustrie auch unfähig gewesen, in diesen Gebieten das Problem zu steuern. In der indischen Gesellschaft gibt es eine ganz andere Tradition zur Frage von Krankheit, frühem Tod und Epidemien. Die Zeiten liegen nicht all zu lange zurück, in denen die Lebenserwartung sehr niedrig war und die Krankheiten, die man umgangssprachlich als Zivilisationskrankheiten bezeichnet, gar nicht zum Zug kommen konnte. Wo der Tod der von Hunger geschwächten Menschen sehr früh durch Infektionskrankheiten eintritt, da haben langfristige Erscheinungen wie Lungenkrebs und Aids eine viel geringere Relevanz. Aids ist eine von verschiedenen Krankheiten, deren zahlenmäßiges Ansteigen sozial auch als ein (geringer?) Preis verstanden werden kann, den man für eine enorme Modernisierung und Verbesserung der gesamten Lebensumstände bezahlt. In der brasilianischen Gesellschaft ist die Zahl der Aidskranken nicht riesig (geschätzte 300.000 bis 600.000) und das medizinische System erreicht davon 170.000. In Brasilien gibt es eine leistungsfähige pharmazeutische Industrie und hier stellt sich am deutlichsten die Frage, wie das Patentrecht auf die Versorgung jedes einzelnen wirkt.

b) Das vorhandene Weltrecht ist in den einschlägigen Bestimmungen schwieriger noch als nationale Rechte es zu sein pflegen. Ziemlich flächendeckend haben sich die großen völkerrechtlichen Verträge WTO und das spezielle Patentrecht TRIPS durchgesetzt. TRIPS ist voll von vagen Kompromissformeln. Die Problematik war im Prinzip bei der Schaffung aller einschlägiger völkerrechtlichen Normen bekannt und das Welt-Patentrecht hat für Patente ein niedrigeres Schutzniveau als die nationalen Patentrechte Nordamerikas und Europas. Insofern wird die Entwicklung der letzten Jahre als ein Erfolg des Drucks gewertet, der von Seiten der Entwicklungsländer und von mit diesen sympathisierenden Nichtregierungsorganisationen ausgeübt worden ist. Man muss also zur richtigen Interessenbewertung das Nebeneinander von nationalen Regierungen und Nichtregierungsorganisationen (Abkürzung: NGO) in den Blick nehmen.

c) Das Instrumentarium des Rechts wird von Fall zu Fall neu sortiert und notfalls neu erfunden. Im vorliegenden Beispielfall ist zentral eine Erklärung, die in Doha am persischen Golf von der 4. Ministerkonferenz der WTO abgegeben wurde. Ob eine solche Erklärung als Recht Relevanz hat, also rechtsdogmatisch deutsches Völkerrecht ist, kann man mit Fug und Recht umstreiten *(vgl. Peter Rott GRURInt 2003, 117)*. Die Erklärung scheint aber so zu funktionieren wie Recht.

d) Innerhalb der Beantwortung von Fragen, die nach nationaler Systematik Rechtsfragen sind, stellt sich viel häufiger das Problem der politischen Machtausübung. So hat Brasilien in diesem Fall die Initiative ergriffen und droht einem wichtigen amerikanischen Pharma-Hersteller mit ziemlich unverhohlenem Rechtsbruch *(vgl. Wolfgang Kunath: Brasilien bricht als erstes Land Patent auf Aids-Medikament, Frankfurter Rundschau, 27.6.05*). Auch hier wieder sind Nichtregierungsorganisationen beteiligt, aber das mit politischen Strategien. Man liest: Ein Vertreter der Hilfsorganisation „Ärzte ohne Grenzen“ kritisierte die Frist, die der Hersteller Firma Abbott eingeräumt wurde; die Firma könnte doch noch einlenken, und damit wäre die dringend nötige Debatte um den Bruch von Patenten beendet.

e) Die institutionellen Zuordnungen von Funktionen und Handlungen müssen von Fall zu Fall neu bestimmt werden. Im Exempel: Ein Privatrechtssubjekt entscheidet über Leben und Tod von vielen Tausenden Menschen, eine Regierung verhandelt über Preise und droht mit Rechtsbruch, eine NGO macht Politik. Im nationalen Horizont entscheidet dahingegen die Regierung (zB durch Krieg) über

Leben und Tod vieler, die Konzerne können für wichtige nationale Aufgaben rechtsstaatlich enteignet werden und Ärzte bekümmern sich um individuelle Krankheitsheilung.

Man wird noch viele solche einzelne Exempel von Weltgesellschaft und Weltrecht analysieren müssen, um vielleicht einmal zu sinnvolleren Aussagen mittlerer Größenordnung oder gar zu Gesamtaussagen vorzustoßen.

Terrorismus

Der Terrorismus fehlt, obwohl er nicht als Thema allein der Kriminologie zugeschrieben werden kann. Selbstmordattentäter entziehen sich der Logik des Strafrechts, weil sie auch die schlimmste androhbare Strafe, die Todesstrafe, nicht erreichen kann. Durch „Shoot-to-kill“ wird die Strafe vor dem Verbrechen vollstreckt. Auf der Seite der staatliche Organe ist Hysterie zu beobachten; sie zeigt sich in der Tötung von völlig zufälligen Opfern, wie dem Schotten McLeod in Stuttgart 1972 oder dem Brasilianer de Menezes in London im Juli 2005. Die Neuartigkeit des Terrorismus hat ihr Spiegelbild in der Neuartigkeit von Guantanamo. Auf der Seite der Betroffenen (oder Handelnden?) gilt die Analyse des Philosophen Sloterdijk:

> *Den Terrorismus als eine „tödliche Gefahr“ für die gesamte freie Welt darzustellen ist eine rhetorische Figur, …. Längst ist die Zuständigkeit für die psychische Absorption des Terrors auf die „Gesellschaft“ übergegangen - wie ja auch die terroristische Irritation allein durch deren Medien an den Empfänger weitergegeben wird und nicht durch staatliche Mobilmachungsbefehle. Der Staat von heute ist ein Terrorkonsument wie alle übrigen, und obwohl er für die Bekämpfung zuständig sein soll, ändert dies nichts daran, dass er genau so passiv und unerreichbar ist wie die „Gesellschaft“. Er kann daher weder direkt angegriffen werden noch direkt reagieren. Das Gerede vom „Krieg gegen den Terror“ lenkt nur von der Einsicht ab, dass der Angriff allein vom medialen Sekundärprozess lebt. Was man den Terrorismus nennt, gehört zum Strukturwandel der Öffentlichkeit im Zeitalter der totalen Mediatisierung. Wer ihn wirklich bekämpfen wollte, müsste seine Wurzel in der Todesfaszination der Terrorschauspieler und ihres Publikums abschneiden – und das widerspräche den Gesetzen der globalisierten Unterhaltung. (Peter Sloterdijk, Im Innenraum des Kapitals, Frankfurt/M 2005, S. S. 289 f.)*

Für das Gesamtphänomen hat aber niemand eine schlüssige Theorie anzubieten, und so soll es bei diesen Bemerkungen sein Bewenden haben.

Lehr- und Standardliteratur

Blankenburg, Erhard
Mobilisierung des Rechts – Eine Einführung in die Rechtssoziologie
Springer Verlag Berlin ua 1995

Eickelpasch, Rolf
Grundwissen Soziologie, - Ausgangsfragen, -Schlüsselthemen, -Herausforderungen
Reihe Grundwissen, hrsg. von Richard Geisen
Ernst-Klett Verlag, Stuttgart 2002

Esser, Hartmut
Soziologie - Allgemeine Grundlagen
3. Auflage, Campus Verlag, Frankfurt/Main ua1999

Hesse, Hans Albrecht
Einführung in die Rechtsoziologie
VS Verlag für Sozialwissenschaften/GWV Fachverlag, Wiesbaden 2004

Lautmann, Rüdiger
Justiz – Die stille Gewalt
Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse
Athenäum Fischer Taschenbuchverlag, Frankfurt a. Main 1972

Luhmann, Niklas
Das Recht der Gesellschaft
Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. Main 1993

Luhmann, Niklas
Legitimation durch Verfahren
Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied ua 1969

Mathiesen, Thomas
Das Recht der Gesellschaft -
Eine Einführung in die Rechtssoziologie
Übersetzt aus dem Norwegischen von Knut Papendorf
Votum Verlag, Münster 1996

Raiser, Thomas
Das lebende Recht – Rechtssoziologie in Deutschland
3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999
4. Auflage: Grundlagen der Rechtssoziologie

Rehbinder, Manfred
Rechtssoziologie
5. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2003

Röhl, Klaus F.
Rechtssoziologie – Ein Lehrbuch
Carl Heymanns Verlag, Köln ua 1987

Rottleuthner, Hubert
Einführung in die Rechtssoziologie
Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1987

Seibert, Thomas-M.
Gerichtsrede – Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs
Duncker & Humblot, Berlin 2004

Teubner, Gunther
Standards und Direktiven in Generalklauseln
Reihe Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts hrsg. von Josef Esser
Athenäum Verlag, Frankfurt/M 1971

Zeitschrift:

Zeitschrift für Rechtssoziologie
Hrsg. Deutsche Gesellschaft für Soziologie, Westdeutscher Verlag, Opladen
(erscheint halbjährlich)